Heft 29/30 [1849] 66. Jahrgang 17. u. 24. Juli 1937

Juristische Wochenschrift

Organ der Reichsgruppe Rechtsanwälte des NS. Rechtswahrer-Bundes
Herausgegeben von dem Reichsgruppenwalter Rechtsanwälte Dr. H. Droege

Kartell- und Patentmonopol

(zur Auslegung des § 54 PatG.)

Von Rechtsanwalt Dr. Carl Schramm, München

A. Kartell- und Patentmonopole

I. Allgemeines

Die Gleichheit des Ausdrucks Patentmonopol und Wirtschaftsmonopol verführt, auch in der Rechtsprechung, zu einer gleichen rechtlichen Behandlung. Da aber beide Begriffe verschieden sind, kommen diese Entscheidungen zu irrigen Auffassungen und Ergebnissen[1]).

Das Wirtschaftsmonopol will den Wettbewerb der Kartellmitglieder untereinander bezüglich bestimmter wirtschaftlicher Vorgänge (Herstellung und Verteilung von Waren und Leistungen) regeln und Einfluß auf den Wettbewerb dieser zusammengeschlossenen Mitglieder mit Außenseitern nehmen. Das Wirtschaftsmonopol will die Frage behandeln, ob und in welcher Form und von welchen Beteiligten ein Gewerbe überhaupt ausgeübt werden darf. Ein Patentmonopol ist etwas ganz anderes. Durch einen Rechtsakt wird eine dem Sacheneigentum ähnliche Monopolstellung auf technische Ideen ausgedehnt. Das Patent gewährt eine ausschließliche Berechtigung, welche nicht auf Vertrag, sondern auf Gesetz beruht; welche nicht Wirtschafts*vorgänge* betrifft, sondern ein wertvolles Wirtschafts*mittel* (nämlich eine technische Idee) darstellt. Mit der Gewährung des Patentes ist über den Wettbewerb des Patentinhabers mit den Nichtberechtigten nur gesagt, daß ersterer allein nutzungsberechtigt ist. Daher lassen Länder, welche das Wirtschaftsmonopol verbieten (z. B. USA.), das Patentmonopol zu.

Das Patentmonopol (mehrerer Patentberechtigter) ist daher für sich allein niemals ein Kartellmonopol, selbst wenn das Patent einer Gemeinschaft gehört und diese zur Regelung ihrer Rechte am Patent in örtlicher oder sonstiger Beziehung Abmachungen treffen. Erst wenn das Patentmonopol mit den Zwecken eines Wirtschaftsmonopols[2]) verbunden wird, entstehen kartellrechtliche Fragen. Niemals kann aber dadurch der andersartige Monopolcharakter des Patentes selbst geändert werden. Durch eine Verbindung des Patentes mit einem Wirtschaftsmonopol können die Rechte aus dem Patent weder vergrößert noch verkleinert werden. Der Patentinhaber kann niemals gezwungen werden, auf dem Umweg über kartellrechtliche Erwägungen andere Entschlüsse über die Verwertung des Patentes zu fassen, als er es ohne Verbindung mit dem Wirtschaftsmonopol tun könnte.

Rasch hat a. a. O. mit Recht darauf hingewiesen, daß die Vertragsbeteiligten zur Vermeidung eines Kartellstreits den Patentinhaber von den kartellvertraglichen Verpflichtungen bezüglich des Patentes im Einzelfalle entbinden und den Gesperrten von den Kartellfolgen freistellen können. Damit wird die Verbindung des Patentmonopols mit dem Wirtschaftsmonopol im Einzelfalle gelöst. Der Patentinhaber kann wiederum frei entscheiden. Wenn er etwa aus Loyalität dennoch keine Lizenz gewährt, so hat dies mit Kartellfragen nichts mehr zu tun. Schwierigkeiten kann diese Betrachtungsweise bei Syndikaten begegnen. Verschiedene Betriebe schließen sich zusammen, gründen eine Syndikats-GmbH. und übertragen dieser ihre Patente. Neben dem GmbH.-Vertrag werden durch einen zweiten Vertrag die Kartellrechte und -pflichten geregelt. Die Sperre des Außenseiters, der am Patent teilnehmen will, liegt in dem Vertrag der Kartellmitglieder, welcher die Syndikatsleitung anweist und bindet. Geben diese Kartellmitglieder dem Syndikat, das bei Übertragung der Patente vertraglich zur Verwertung der Patente im bestimmten Sinne gebunden wurde, frei, auch dem Außenseiter eine Lizenz zu erteilen, so kann das Syndikat auf Grund seiner Patentrechte sich dennoch frei entschließen und ablehnen[3]).

Nicht jede Verbindung von Patenten durch Verträge (Patent Holding Company) begründet also einen Kartellvertrag. Es kommt auf den Zweck an.

Verträge zur Klärung der Patentlage, Patentaustauschverträge, Verträge zur Verwertung (auch wenn sie gesellschaftsrechtlichen Charakter haben) u. a. m. begründen kein Kartell, wenn der Marktbeherrschungswille[2]) fehlt.

II. Verbindungsmöglichkeiten von Patenten mit Kartellen

1. Ein Betrieb besitzt marktbeherrschende Patente. Aus irgendwelchen (technischen oder finanziellen) Gründen vergibt dieser Betrieb im weitesten Umfange Lizenzen (Bauerlaubnis). Gleichzeitig werden mit der Lizenzgabe bestimmte Wettbewerbsbedingungen vereinbart. Um die Zusammenarbeit zu erleichtern, schließen sich die Lizenznehmer zu einem Verband zusammen. Nur die Mitglieder dieses Verbandes erhalten Lizenzen. Das typischste Beispiel ist der Telefunkenfall des Kartellurteils K 490/33 in KartRdsch. 1934, 264.

2. Mehrere Betriebe haben Patente, welche sich entweder ergänzen, oder deren gegenseitige Abgrenzung (Nichtigkeit, Abhängigkeit usw.) schwierig ist und im Streitfalle zu beiderseitigen schweren Verlusten führen würde.

a) Die Beteiligten schließen sich zusammen und geben sich gegenseitig Lizenzen mit dem Ergebnis: jeder bleibt Inhaber seiner eigenen Patente; jeder erhält Lizenzen zur Benützung der fremden Patente.

b) Oder bei gleicher Lage gründen die Beteiligten eine Gesellschaft und übertragen dieser die Patente. Die Gesellschaft vergibt Lizenzen weiter (Fall des Hefeverbandes in RGZ. 114, 213 = JW. 1927, 123).

---

[1]) Siehe Telefunken-Entscheidung des KartG.: KartRdsch. 1934, 264 sowie Rasch: KartRdsch. 1935, 547 und Schramm: AkadZ. 1936, 518.

[2]) Korporative Marktbeeinflussung oder Marktbeherrschung durch Wettbewerbsregelung.

[3]) Ein Kartell, das ein Verbandswarenzeichen besitzt, kann ja auch niemals unter Berufung auf eine unzulässige Sperre gezwungen werden, einem Außenseiter die Benützung des Warenzeichens zu gestatten. Dies würde gegen die zwingenden Bestimmungen des WZG. und § 3 UnlWG. verstoßen (Schramm: AkadZ. 1936, 521; a. M. für Ausstattung das KartG.: KartRdsch. 1933, 807).

c) Die Gesellschaft erhält nur eine ausschließliche Lizenz an den bestehenden Patenten mit dem Recht, Unterlizenzen weiter zu geben. Dagegen sollen Verbesserungen auf Grund der gemeinsamen Zusammenarbeit der Gesellschaft gehören und solche neue Patente (also nicht die Gründungspatente!) auf den Namen der Gesellschaft eingetragen werden.

3. Endlich ist die Form des Miteigentums nach Bruchteilen an den einzelnen Patenten möglich, eine Form, welche jedoch seltener angetroffen wird.

B. Inhalt des § 54 PatG.

1. In der amtlichen Begründung zu § 54 PatG. heißt es: „Eine besondere Form des Mißbrauchs wirtschaftlicher Übermacht bei der Austragung von Patentstreitigkeiten hat sich darin gezeigt, daß Inhaber von mehreren Patenten verwandten Inhalts einen angeblichen Verletzer zunächst nur auf Grund eines dieser Rechte verklagen, um dann in weiteren Klagen gegen ihn wegen desselben oder eines gleichartigen Tatbestandes die Verletzung der anderen Patente geltend zu machen. Dem Angegriffenen wird dadurch die Verteidigung erschwert, weil die Vielzahl der Prozesse ihm erhöhte Kosten verursacht."

2. Nach § 54 PatG. kann derjenige, der eine Klage auf Unterlassung, Schadensersatz oder Auskunft (§ 47 PatG.) erhoben hat, gegen den gleichen Beklagten wegen „derselben oder einer gleichartigen Handlung" auf Grund eines anderen Patentes nur dann eine weitere Klage erheben, wenn er ohne sein Verschulden nicht in der Lage war, auch dieses Patent in dem früheren Rechtsstreit geltend zu machen. (Beachte die Abweichung von §§ 278, 279, 529 ZPO.!) Alle anderen Klagen, wie z. B. auf Feststellung der Abhängigkeit und der Entnahme gehören nicht hierher. Klage im Sinne der §§ 54, 47 PatG. ist auch eine zulässigerweise erhobene Widerklage.

Dieses erste Verfahren braucht nicht urteilsmäßig abgeschlossen zu sein. Es genügt, daß die Klage erhoben worden ist. Ob das Verfahren abgeschlossen wurde (etwa durch Abweisung, Zurücknahme oder Vergleich) oder ob das Verfahren noch läuft, ist ohne Bedeutung.

§ 54 PatG. verbietet lediglich die Erhebung einer neuen Klage. Wird eine bereits erhobene Klage auf ein weiteres Patent ausgedehnt, so tritt die Beschränkung des § 54 PatG. nicht ein. Es kann hierin unter Umständen eine Klageänderung liegen. Angesichts der Bestimmung des § 54 PatG. ist aber eine loyale Handhabung des § 268 ZPO. notwendig. Sind nacheinander zwei Klagen erhoben worden, so wird man dem Kläger das Recht einräumen müssen, gemäß § 147 ZPO. die Verbindung beider Prozesse zu beantragen, um die Folgen des § 54 PatG. abzuwenden. Hat das Gericht die Verbindung beschlossen, so ist der Einwand aus § 54 PatG. beseitigt. Es kommt ja nur auf den Erfolg an, den Beklagten vor einer Flut von Rechtsstreitigkeiten zu bewahren. Lehnt das Gericht die Verbindung ab, so wird in der Regel damit auch festgestellt sein, daß nicht „die gleiche oder gleichartige Handlung" des Beklagten in beiden Prozessen vorliegt. Mindestens kann sich dann der Kläger, wenn nicht die Beschlußgründe etwas anderes enthalten, darauf berufen, daß er schuldlos davon ausgegangen ist, daß nicht dieselbe oder gleichartige Handlung vorliegt.

Im Rahmen des § 54 PatG. ist es auch nicht zulässig, die Unterlassungsklage und später die Schadensersatz- und Auskunftsklage getrennt zu erheben. Klage auf Unterlassung und Schadensersatz muß gemeinsam erhoben werden, da der späteren Klage der Einwand aus § 54 PatG. entgegengehalten werden kann. Wird jedoch zunächst mit der Unterlassungsklage die Klage auf Feststellung der Schadensersatzpflicht verbunden mit dem Antrag auf Rechnungslegung erhoben, so ist eine selbständige Klage auf Bezahlung eines Geldbetrages nach erteilter Auskunft oder zunächst nur die Klage auf Leistung des Offenbarungseides über die Richtigkeit der vorgelegten Rechnungslegung zulässig. § 54 PatG. setzt ja nur voraus, daß im Zeitpunkt der Klagestellung alle Klagearten und Klagebegründungen, welche geltend gemacht werden können, zusammengefaßt werden. Er verbietet aber nicht die Klage auf Feststellung der Schadensersatzpflicht vorbehaltlich ziffernmäßiger Feststellung (Krauße zu § 47 S. 386).

Mit Krauße und Busse ist anzunehmen, daß § 54 PatG. nur eine prozeßhindernde Einrede begründet, auf welche allerdings die Vorschriften der §§ 274, 275 ZPO. keine Anwendung finden.

3. Um den „gleichen Beklagten" handelt es sich auch bei einer Rechtsnachfolge.

4. Das Gesetz verweist auf den Kläger, der eine Klage im Sinne des § 47 PatG. erhebt. Dieser Kläger muß nicht identisch sein mit dem Patentinhaber.

Aus einem Patent können klageberechtigt sein:

a) der Patentinhaber,
b) der ausschließliche Lizenznehmer,
c) der einfache Lizenznehmer, wenn er mit Ermächtigung des Patentinhabers und für dessen Rechnung klagt (RGZ. 148, 146 = JW. 1935, 2624 [7] m. Anm.),
d) jeder Gesellschafter (actio pro socio) und Bruchteilseigner eines Patentes (RGZ. 86, 70 = JW. 1915, 273 [2]; RGZ. 90, 302; RG. v. 21. Mai 1927, I 342/26: JW. 1928, 335).

Nach § 54 ist nur entscheidend, ob ein Kläger aus mehreren Patenten eine Klage hätte erheben können. Wer sonach Inhaber eines Patentes, ausschließlicher Lizenznehmer eines gleichartigen anderen Patentes und einfacher Lizenznehmer eines dritten gleichartigen Patentes ist (eine Ermächtigung vorausgesetzt!), muß bei Meidung der Folgen des § 54 PatG. bei der gleichen oder gleichartigen Handlung des Beklagten alle drei Patente als Klagebegründung aufführen.

Es handelt sich hier um mehrere, in einer Klage geltend gemachte Ansprüche im Sinne des § 145 ZPO. Das Gericht ist nicht gehindert, aus Zweckmäßigkeitsgründen diese drei Ansprüche zu trennen und zu selbständigen Verfahren zu verweisen, wenn auch angesichts des § 54 PatG. hiervon nur bei zwingenden Gründen Gebrauch gemacht werden soll.

Wechselt der Berechtigte (Patentinhaber oder ausschließlicher Lizenznehmer) zwischen dem ersten und zweiten Prozeß, so bleibt die Einrede zulässig (Klauer).

Wird das Recht am Patent in doloser Absicht erst nachträglich erworben, um die Einrede der Stufenklage zu beseitigen, so gelten die gleichen Grundsätze (Klauer, Benkart, Riemenschneider-Wilken S. 215).

5. Streitig ist, ob § 54 PatG., wie es die Begründung will, auf Patente gleichen Inhalts oder auf die gleiche oder gleichartige Handlung des Täters abstellt. Die Verschiedenheit des Ausdrucks zwischen Begründung und Gesetzestext fällt auf. Man muß aber mit Benkart wohl zweckmäßigerweise feststellen, daß zwischen den Patenten ein innerer Zusammenhang bestehen muß, da sonst nicht die gleiche oder gleichartige Handlung vorliegen kann.

Auffallenderweise enthält das GebrMustG. keine ähnliche Bestimmung. Ein Grund hierfür ist nicht einzusehen. Klauer wendet mit Recht den Rechtsgedanken des § 54 PatG. sinngemäß auch auf Gebrauchsmuster an. Wenn Klauer es auch nicht wörtlich ausspricht, so bedeutet diese ausdehnende Anwendung, daß im Gebrauchsmuster- oder Patentverletzungsstreit alle Berechtigungen, welche der Kläger an Patenten und Gebrauchsmustern besitzt, zur Klagebegründung herangezogen werden müssen. Das RG. hat schon einmal in der Frage der Identitätslöschungsklage gegen Gebrauchsmuster eine solche Lücke im Gesetz geschlossen (GRUR. 1936, 169).

C. Anwendung des § 54 PatG. auf Kartelle

1. Das Gesetz geht nur von der Einheit des Klägers und der Vielheit der Patentberechtigungen aus, während ja auch noch die Mehrheit der Kläger bei einer Vielheit von Patentberechtigungen hätte berücksichtigt werden müssen. Gerade letztere Möglichkeit ist noch viel gefährlicher und berührt ganz besonders die Kartellprobleme, welche hier behandelt werden sollen. Das Gesetz verbietet nicht, daß der Patentinhaber, der ausschließliche Lizenznehmer oder der einfache Lizenznehmer je

eine Patentverletzungsklage stellen, welche das gleiche Patent zur Grundlage hat.

Klauer meint zwar zu einem solchen Tatbestand, daß das Verbot der Stufenklage auch dann gelte, „wenn das Verbot ... dadurch umgangen wird, daß mehrere Konzerngesellschaften getrennt Verletzungsklagen erheben, obwohl die Gesellschaften im Patentaustausch stehen".

Angesichts der klaren Fassung des § 54 PatG. ist die Anwendung dieser Gesetzesstelle auf den von Klauer behandelten „Konzernfall" nicht denkbar. Auch die Begründung läßt eine solche Auslegung des Gesetzes nicht zu. Dagegen muß man im Ergebnis Klauer zustimmen. Das Gesetz hat einen Sondertatbestand der Klagenhäufung zum Schaden des Beklagten diffamiert. Damit wird für den Beklagten bei dem viel gefährlicheren Tatbestand der mehrfachen Konzernklagen der Einwand aus § 826 BGB. zulässig. Während aber § 54 PatG. auf einen einfachen, klar geregelten Tatbestand abstellt, muß bei Anwendung des § 826 BGB. der subjektive Tatbestand nachgewiesen werden. Für die Feststellung des subjektiven Tatbestandes werden eine Reihe von Anhaltspunkten möglich sein:

a) Nach Erlangung eines Unterlassungsurteils durch die Kartellgesellschaft oder ein Kartellmitglied besteht kein vernünftiges selbständiges Interesse für ein anderes Kartellmitglied, eine neue, gleiche Unterlassungsklage zu erheben. Etwaige eigene Rechte hätten ja durch die Nebenintervention gewahrt werden können (§§ 59 ff. ZPO.).

b) Nach dem Kartellvertrag waren die Mitglieder ausdrücklich verpflichtet, Unterlassungsklagen nur durch die Kartellgesellschaft führen zu lassen. Unmittelbar vor der neuen Klage eines Kartellmitgliedes (nach vorausgegangener Klage der Kartellgesellschaft) wird diese Bestimmung aufgehoben und dem Kartellmitglied das Recht der selbständigen Klagestellung (gegebenenfalls mit Ermächtigung und für Rechnung des Patentinhabers) gestattet.

c) Die selbständige Klage eines Kartellmitgliedes ist im Benehmen mit der Kartelleitung als grundsätzliches Verfahren durchgeführt worden. Es besteht dann kein Anlaß, eine weitere Klage gleichen Inhalts durch ein anderes Mitglied führen zu lassen.

d) § 54 PatG. findet an sich auch Anwendung, wenn die erste Klage abgewiesen wurde. Es würde aber zu weit führen, einem anderen Kartellmitglied eine neue Klage zu untersagen, wenn versucht werden soll, den Rechtsstreit unter anderen Gesichtspunkten neu aufzurollen. Hier liegt zweifellos ein vernünftiges Interesse vor, welches die Anwendung des § 826 BGB. ausschließt.

2. § 54 PatG. findet jedoch keine Anwendung im Streit eines Kartells mit einem Kartellmitglied. Nach dem Hefeverbandsurteil (RGZ. 114, 213 = JW. 1927, 123) kündigte ein Kartellmitglied den Kartellvertrag. Es entstand Streit, ob das Mitglied als Gesellschafter der Kartell-GmbH. die Patente weiter benutzen dürfe. Eine Kündigung gesellschaftsrechtlicher Bindungen an eine GmbH. ist nach dem Gesetz nicht möglich. Das Kartell erhob Unterlassungsklage. Diese Klage war auch patentrechtlich begründet. Im Vordergrund standen aber kartellrechtliche Fragen. Auf solche Rechtsstreitigkeiten kann § 54 PatG. nicht angewendet werden.

3. Endlich gibt es Fälle, in welchen durch Kartellbeschluß die Benützung von Patenten untersagt wird. Auch für solche Rechtsstreitigkeiten kann § 54 PatG. keine Anwendung finden. (Siehe KartRdsch. 1936, 166, 331.)

D. Ergebnis

1. Eine Syndikats- oder sonstige Kartellgesellschaft, welche von den Syndikats- (Kartell-) Mitgliedern irgendeine Berechtigung an Patenten (sei es Miteigentum, ausschließliche Lizenz, einfache Lizenz) übertragen erhalten hat, muß eine Klage auf alle einschlägigen, den gleichen oder gleichartigen Tatbestand des Beklagten treffenden Patente stützen.

2. Haben die Kartellmitglieder selbst irgendwelche Berechtigungen an Patenten, so müssen diese in gleicher Weise wie in § 54 PatG. vorgeschrieben, eine alle einschlägigen Patente umfassende Klage stellen.

3. Hat eine Gesellschaft ein Prozeßverfahren durchgeführt und gegen den Verletzer ein Unterlassungsurteil erzielt, so dürfen die daneben noch berechtigten Syndikats- oder Kartellmitglieder nicht eine gleiche Unterlassungsklage auf Grund des gleichen oder gleichartigen Sachverhalts erheben (§ 826 BGB.), soweit die Klage nicht eine selbständige, über die Wirkung des ersten Unterlassungsurteils hinausgehende Wirkung haben soll.

4. Hat ein Kartellmitglied (das im internen Verhältnis gegenüber dem Kartell verpflichtet ist, die Durchführung eines Rechtsstreits nur im Benehmen mit dem Kartell zu erledigen) ein Unterlassungsurteil erzielt, so ist dem Kartell oder den übrigen Kartellmitgliedern unter den gleichen Voraussetzungen wie zu 3 eine neue Unterlassungsklage untersagt.

5. Die Pflicht der Kartellmitglieder, die Klage auf alle Patente zu stützen, bezieht sich auf alle Arten von Berechtigungen des Kartellmitgliedes am Patent (Miteigentum, Gesellschaftsrechte am Patent, ausschließliche Lizenz, einfache Lizenz, wenn die Ermächtigung erteilt wurde). Alle anderen Patente, welche anderen Kartellmitgliedern zustehen, brauchen und können nicht zur Begründung der Klage herangezogen werden, wenn solche Berechtigungen nicht bestehen.

6. Nach § 54 PatG. ist der Zweck, welchen Patentvereinigungen verfolgen, ohne Bedeutung. Daher gelten diese Ausführungen auch dann, wenn es sich lediglich um Patentgemeinschaften oder Patentaustauschvereinigungen ohne Kartellcharakter handelt.

Die verfahrensrechtliche Wirkung des Verbots weiterer Patentverletzungsklagen aus anderen Patenten (§ 54 PatG.)

Von Rechtsanwalt Dr. Eberhard Pinzger, Berlin

I.

a) Das am 1. Okt. 1936 in Kraft getretene neue PatG. v. 5. Mai 1936 (RGBl. II, 117) hat auch auf diesem Rechtsgebiete die grundsätzlichen Gedanken des Nationalsozialismus zur Geltung gebracht. Mit der zielbewußten Förderung der schöpferischen Persönlichkeit und ihrem Schutz gegen Ausbeutung geht Hand in Hand die Erkenntnis, daß der Erfinder seine Leistungen nicht nur sich selbst, sondern zugleich der Volksgemeinschaft verdankt, die die Grundlagen geschaffen hat, auf denen er erst weiterbauen und zu seiner Erfindung gelangen konnte[1]). Deshalb ist der Erfinder verpflichtet, bei der Verwertung seiner Schöpfung nicht allein den eigenen Nutzen zu bedenken, sondern in maßvoller Beschränkung auf die Belange anderer Rücksicht zu nehmen. Das Monopol, das ihm für seine Bereicherung der Technik gewährt wird, darf weder der Erfinder noch sein Rechtsnachfolger mißbräuchlich anwenden.

Eine auf Grund liberalistischer Gedankengänge gelegentlich vorgekommene Form des Mißbrauchs von Patenten bestand in der gerichtlichen Geltendmachung dieser Rechte in der Weise, daß es dem Patentinhaber nicht auf die Feststellung des sachlichen Rechts — ob die angegriffene Verletzungsform seine Schutzrechte verletzt — ankam, sondern daß er seine Ziele durch wiederholte Prozesse als Selbstzweck zu erreichen versuchte, selbst auf die Gefahr hin, mehrere Male zu unterliegen. Einmal würde — so rechneten solche Kläger — der Beklagte doch die Lust am Streit verlieren, oder er würde die Kosten für den

1) Einleitung der amtl. Begründung zu den Gesetzen über den gewerblichen Rechtsschutz v. 5. Mai 1936.

fünften oder sechsten Prozeß nicht mehr aufbringen können. Bekanntlich sind Patentprozesse wegen der großen Werte, die auf dem Spiele stehen, sehr teuer. Sie sind nicht nur unvermeidlich wie alle anderen Arten von Rechtsstreitigkeiten. Sie sind auch für hervorragendste Sachkenner in ihrem Ergebnis oft nicht mit Bestimmtheit vorauszusehen. Die Belastung eines kleinen oder mittleren Betriebes mit zahlreichen derartigen Streitigkeiten beeinträchtigt aber nicht nur die Geldmittel, sie beeinträchtigt insbesondere die Arbeitskraft des Betriebsinhabers, für den es sich häufig um die Frage handelt, ob er seine gesamte laufende Erzeugung einstellen muß.

b) Die finanzielle Belastung durch Patentprozesse überhaupt sucht für kleinere Betriebe § 53 PatG. zu mildern, indem für beide Parteien verschiedene Streitwerte festgesetzt werden können. Da die Wertfestsetzung für die wirtschaftlich schwache Partei nicht von der Aussicht der Rechtsverfolgung abhängig zu sein braucht[2]), kann dabei sogar die obsiegende wirtschaftlich stärkere Partei den überwiegenden Kostenanteil tragen, wenn beispielsweise der Streitwert — wie es schon geschehen ist — auf 1 000 000 : 10 000 festgesetzt wird.

Die Zahl der Patentprozesse zwischen den gleichen Parteien soll § 54 PatG. einschränken: Wer eine Patentverletzungsklage erhebt, muß bei Vermeidung des Ausschlusses mit einer späteren neuen Klage alle Patente heranziehen, die er gegen die angegriffene Ausführungsform bei sorgfältiger Prüfung glaubt geltend machen zu können.

II.

Der Zweck dieser gesetzlichen Regelung ist aus dem Wortlaut der Vorschrift nur mittelbar, aus der amtlichen Begründung hierzu jedoch mit voller Eindeutigkeit zu entnehmen.

a) Der Kläger kann „nur dann eine weitere Klage erheben, wenn er ohne sein Verschulden nicht in der Lage war, auch dieses Patent in dem früheren Rechtsstreit geltend zu machen". Was soll also der Patentinhaber tun, wenn er nicht den Folgen dieses Ausschlusses ausgesetzt sein will? Er muß in der von ihm zu erhebenden Klage alle Patente geltend machen, die er zur Zeit der Erhebung der Klage geltend zu machen imstande ist: Das ist mit anderen Worten die aus der Vollstreckungsgegenklage in § 767 Abs. 3 ZPO. bekannte Häufung von Klagegründen. Der unserem Verfahrensrecht im allgemeinen unbekannte Häufungsgrundsatz (sog. Eventualmaxime) ist hier in das Patentstreitverfahren in erweitertem Umfange eingeführt. Er bezieht sich aber hier nicht auf alle Klagegründe, die geltend gemacht werden könnten. Der Kläger ist zwar bei Vermeidung späteren Ausschlusses gehalten, alle Patente (ob auch Gebrauchsmuster oder gar Urheberrechte und Warenzeichen ist später zu erörtern) geltend zu machen, auf die er sich berufen kann; aber er braucht nicht alle — nicht einmal alle ihm bekannten — Verletzungsformen des Beklagten anzugreifen. Der hier auf alle dem Kläger zustehenden Patente erstreckte Häufungsgrundsatz bezweckt die Verhinderung des Mißbrauchs von prozessualen Behelfen. Das ist für § 767 Abs. 3 ZPO. ganz klar; der verurteilte Schuldner, dem Zwangsvollstreckung droht, ist nur zu leicht geneigt, sich für den Fall des Mißerfolges einer ersten Klage aus § 767 ZPO. für weitere Klagen noch Einwendungen aufzusparen. Ihm kommt es nicht so sehr auf den Erfolg seiner Einwendungen, als auf das Schweben eines Rechtsstreits darüber an, der zufolge der üblichen Maßnahmen nach § 769 ZPO. die gefürchtete Zwangsvollstreckung hinausschiebt. Es liegt außerordentlich nahe, aus der Tatsache, daß § 54 PatG. seinerseits diesen Häufungsgrundsatz einführt, auf den Zweck einer Verhinderung des Mißbrauchs von prozessualen Behelfen auch hier zu schließen.

b) Die amtliche Begründung führt mit Bezug auf § 54 PatG. aus, daß diese Regelung die Entstehung übermäßiger Kosten durch sog. Stufenklagen vermeiden will. Unter Stufenklage wird dabei — im Gegensatz zu dem eingebürgerten Sprachgebrauch für § 254 ZPO., der auch für Patentstreitsachen eine (meist unglückliche) Rolle spielt — der Vorgang verstanden, daß der Inhaber mehrerer Patente verwandten Inhalts einen angeblichen Verletzer zunächst nur auf Grund eines dieser Patente verklagt, um dann in weiteren Klagen gegen ihn wegen einer gleichartigen Verletzungsform die anderen Patente geltend zu machen. Durch die hierbei entstehenden erhöhten Kosten würde dem Angegriffenen die Verteidigung erschwert. Deshalb will die Begründung solche Stufenklagen überhaupt verhindern, indem sie den Häufungsgrundsatz für Patentstreitsachen hinsichtlich der vom Kläger vorzutragenden Klagepatente einführt. Der Zweck dieser Regelung ist unzweifelhaft die Verhinderung des Mißbrauchs von Verletzungsklagen, wie schon aus dem Gesetz selbst gefolgert wurde.

c) Der Mißbrauch prozessualer Behelfe ist nur ein Anwendungsfall arglistigen Verhaltens im allgemeinen und ein Fall prozessualer Arglist im besonderen. Gerade das Verfahrensrecht ist in besonderem Maße durch die Grundsätze von Treu und Glauben beherrscht (z. B. § 138 Abs. 1 ZPO., § 44 PatG.). Sogar gegenüber rechtskräftigen Urteilen gibt die Rechtsprechung des RG. seit langem den Einwand der Arglist, wenn das Urteil erschlichen ist[3]). Auch die Erschleichung des Gerichtsstandes ist unzulässig und unwirksam[4]). Gegenüber dem von der amtlichen Begründung herangezogenen Mißbrauch hätten die Gerichte daher auch mit dem Einwand der prozessualen Arglist helfen können, besonders wenn sie dabei das nationalsozialistische Gedankengut berücksichtigten, daß der Erfinder und sein Rechtsnachfolger nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten gegenüber der Allgemeinheit und seinen Mitbewerbern hat. Die Einführung einer Art Häufungsgrundsatz an Stelle einer die gesamten Umstände berücksichtigenden Würdigung nach Treu und Glauben geht an sich weit über den Zweck der Vorschrift hinaus. Bei der Anwendung des Gesetzes wird daher in besonderem Maße das Ziel zu berücksichtigen sein, das in der Verhinderung nur von Mißbräuchen der Klagemöglichkeit durch beabsichtigte Verursachung besonders hoher Prozeßkosten oder einer Dauerfolge von Rechtsstreitigkeiten besteht.

Die durch verfahrensrechtliche Vorschriften begründete Notwendigkeit, einen Sachvortrag mit aller denkbaren Vollständigkeit zu bringen, hat im deutschen Verfahrensrecht bereits häufiger Ablehnung erfahren. Sie verhindert zwar ein Nachschieben von neuem Vorbringen zu Verschleppungszwecken oder — bei den mehreren „Stufenklagen" des § 54 PatG. — ein dauerndes Schweben einer Folge von Patentstreitverfahren. Sie belastet jedoch den Rechtsstreit mit einer Unmenge verschiedensten Vorbringens, das größtenteils zwecklos ist. Im Patentstreitverfahren hat die Häufung zahlreicher Patente in einem einzigen Verfahren den Nachteil besonderer Unübersichtlichkeit. Nicht selten werden einem einzelnen Klagepatent schon zahlreiche ähnliche Vorveröffentlichungen und offenkundige Vorbenutzungen als Stand der Technik entgegengehalten, deren Würdigung angesichts ihrer Wichtigkeit für die Entscheidung einen sehr breiten Raum in der mündlichen Verhandlung und in den Urteilen einnimmt. Bei einer Vervielfachung der Klagepatente vervielfachen sich die Entgegenhaltungen. Soll die Vorschrift des § 54 PatG. nicht zu einer Erschwerung der Rechtsverfolgung und der Findung des richtigen Rechts führen, so muß sie mit Zurückhaltung und unter Berücksichtigung des hinter dem Gesetzeswortlaut zurückbleibenden gesetzgeberischen Zwecks angewandt werden.

III.

Die verfahrensrechtliche Einordnung der Vorschrift des § 54 PatG. macht Schwierigkeiten. Als eine echte Einrede in dem Sinne, daß der Beklagte auf sie verzichten kann und das Gericht sie nur bei ausdrücklicher Geltendmachung berücksichtigen darf, wird man sie mit Rücksicht auf den Gesetzeswortlaut nicht bezeichnen können. Denn der Kläger kann keine weitere Klage erheben, es sei denn, daß er bei der ersten Klage zur Berufung auf die neuen Klagegründe schuldlos außerstande war.

Als echten Häufungsgrundsatz kann man die Vorschrift

---

[2]) Barthmann: GRUR. 1936, 841; Klauer-Möhring § 53 A. 3.

[3]) Schon RGZ. 46, 79.

[4]) Baumbach, „ZPO.", Übersicht 6 vor § 12.

deshalb nicht bezeichnen, weil dieser Begriff sich auf das Verhältnis neuen Sachvortrages zu dem ursprünglichen Vortrag in ein und demselben Verfahren bezieht und bei strenger Anwendung jedes neue Vorbringen ausschließt. Dagegen besteht eine Rechtsähnlichkeit zu § 767 Abs. 3 ZPO., wo man von einem gemäßigten Häufungsgrundsatz spricht. Wenn im Falle des § 54 PatG. die Geltendmachung weiterer Patente — auch mit neuen Klageanträgen, die ja regelmäßig dem Klagepatent angepaßt werden — unzulässig ist, während es sich in § 767 Abs. 3 ZPO. stets um den gleichen Antrag handelt, so begründet dies keine wesentliche Verschiedenheit: denn auch bei mehreren Patentverletzungsklagen wegen derselben oder einer „gleichartigen Handlung" wird stets die gleiche bzw. technisch gleichartige Verletzungsform angegriffen werden, so daß — wenn auch mit anderen Worten — doch wieder Unterlassung der Herstellung (des Inverkehrbringens, Feilhaltens oder gewerbsmäßigen Gebrauchs) der gleichen Maschine, des gleichen Werkzeugs oder des gleichen Verfahrens verlangt wird. Diese notwendige Gleichartigkeit des angegriffenen Erzeugnisses des Beklagten macht die Bestimmung des § 54 PatG. überhaupt erst erträglich. Ein Kraftwagenerzeuger, der seinen Wettbewerber wegen Verletzung eines Patents für eine bestimmte Federung der Achsen von Kraftwagen in Anspruch nimmt, braucht nicht zugleich auch seine Patente für Vergaser oder Verdecks geltend zu machen.

Im übrigen besteht eine weitgehende Verwandtschaft zwischen beiden Vorschriften (§ 54 PatG., § 767 Abs. 3 ZPO.). Beide sollen verhindern, daß der Kläger den Beklagten mit wiederholten Prozessen überzieht, wobei ihm das Schweben eines Rechtsstreits und die daraus folgenden Nachteile für den Beklagten hauptsächliches Ziel sind. Beide Vorschriften zwingen deshalb den Kläger, alle Gründe für sein Klagebegehren in einem Verfahren geltend zu machen. Die Folge einer Verletzung dieser Verpflichtung ist in beiden Fällen der Ausschluß des Klägers mit einer neuen Klage.

Besonderheiten für § 54 PatG. ergeben sich lediglich aus dem Wesen des Patentrechtsstreits, in welchem die Verletzung jedes einzelnen Patents durch ein und dieselbe Handlung verschiedene Schadensersatzansprüche auslöst und jedes Unterlassungsurteil nur für die Dauer des dem Urteil jeweils zugrunde liegenden Patents gilt. Hier ist es denkbar, daß der im ersten Rechtsstreit obsiegende Kläger noch ein Interesse an der Verurteilung des Beklagten wegen Verletzung eines anderen Patents durch dieselbe oder eine gleichartige Handlung besitzt. Auch der im ersten Rechtsstreit obsiegende Kläger ist aber durch § 54 PatG. mit einer weiteren Klage ausgeschlossen.

IV.

Die Anerkennung des § 54 PatG. als eines gemäßigten Häufungsgrundsatzes gewährt verschiedene Aufschlüsse über die verfahrensrechtliche Gestaltung von Verletzungsklagen, mit denen die Folgen des § 54 PatG. berücksichtigt werden müssen:

a) Die erste Klage nach § 47 PatG. — auf Unterlassung, Schadensersatz oder auch nur auf Rechnungslegung — hat den Ausschluß des Klägers mit einer zweiten Klage hinsichtlich andersartiger Anträge nicht zur Folge. Wurde im ersten Verfahren nur Unterlassung verlangt, so kann im zweiten Rechtsstreit noch Rechnungslegung und Schadensersatz verlangt werden[5]). Die Gegner dieser Ansicht übersehen, daß anderenfalls es unmöglich wäre, in der allgemein üblichen und allein zweckmäßigen Weise eine Patentverletzungsklage auf Unterlassung, Feststellung der Schadensersatzpflicht und Rechnungslegung zu richten, um nach erfolgter Rechnungslegung des Beklagten die Schadensersatzforderung in einer bestimmten Summe in einem neuen Rechtsstreit geltend zu machen. Übrigens verbietet das Gesetz nur eine weitere Klage auf Grund eines anderen Patents. — Diese Lösung entspricht etwa der Möglichkeit, im Falle des § 767 ZPO. statt der Vollstreckungsgegenklage eine Klage auf Feststellung des Nichtbestehens des zu bekämpfenden Anspruchs — also mit einem ganz andersartigen Antrage — zu erheben, die die spätere Erhebung einer Vollstreckungsgegenklage nicht ausschließt[6]).

b) Die mehreren Patente können in der ersten Klage im Verhältnis von Hauptantrag und Hilfsantrag geltend gemacht werden, wobei der Kläger zweckmäßig das jüngste — also längstdauernde — Patent dem Hauptantrag zugrunde legt. Denn es entspricht dem Wesen des Häufungsgrundsatzes, daß mehrere Rechtsbehelfe zwar in einer Klage vorgetragen werden müssen, aber nicht sämtlich Grundlage der Entscheidung zu sein brauchen. Ändert dann der Beklagte nach Verurteilung gemäß dem Hauptantrag seine Ausführungsform, so daß sie nicht mehr unter den Hauptantrag fällt, aber die hilfsweise geltend gemachten Patente verletzt, so liegt häufig keine gleichartige Handlung mehr vor, jedenfalls hat aber der Kläger die übrigen Patente bereits im ersten Rechtsstreit geltend gemacht und den Beklagten dadurch hinreichend gewarnt; § 54 ist auf die zweite Klage nicht anwendbar, weil es sich nicht um ein anderes Patent handelt. — Weist dagegen das Gericht im ersten Rechtsstreit den Hauptantrag ab, so muß es zugleich über die Hilfsanträge — je nach ihrer vom Kläger bestimmten Folge gleichzeitig oder auch erst nacheinander — entscheiden. Für das Verhältnis eines zugesprochenen Hilfsantrages zu einem dadurch ausgeschlossenen ganz hilfsweise geltend gemachten Patent gilt dann das gleiche wie für Hauptantrag und Hilfsantrag.

c) Wie im Falle des § 767 Abs. 3 ZPO. brauchen auch im Patentrechtsstreit nicht alle Tatsachen (Patente) unbedingt in der Klageschrift schon vorgetragen zu werden. Neue Patente können — im Rahmen der Zulässigkeit von Klageänderungen §§ 264, 529 ZPO., deren Sachdienlichkeit hier regelmäßig zu bejahen ist — noch bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung des zweiten Rechtszuges vorgebracht werden[7]). Andererseits müssen sie auch im ersten Rechtsstreit geltend gemacht werden.

Zweifelhaft ist, ob auch der vorläufige Schutz bekanntgemachter Anmeldungen (§ 30 PatG.) schon geltend gemacht werden muß, solange das Patent nicht erteilt ist. Auch hier würde es sich um eine Klage nach § 47 PatG. handeln, die § 54 PatG. als zweite Klage grundsätzlich ausschließt. Der vorläufige Schutz des § 30 PatG. kann rückwirkend durch die endgültige Versagung des Patents wieder erlöschen. Deshalb ist es nur vernünftig, wenn der Kläger eine erst bekanntgemachte Anmeldung nicht mit der ersten Verletzungsklage geltend macht. Er handelt dadurch seiner durch § 54 PatG. begründeten Verpflichtung nicht zuwider, weil bei Abwägung des Interesses des Beklagten an Erledigung aller Streitfragen in einem Rechtsstreit gegenüber dem Interesse des Klägers, sich keine Kosten durch Geltendmachung eines zweifelhaften Rechts zu machen, das letztere Interesse und die Erwägung überwiegt, daß die Parteien nicht zu einem Streit gezwungen werden sollen, der möglicherweise ganz überflüssig ist.

Was für bekanntgemachte Anmeldungen gilt, muß auch für die ihnen wirtschaftlich nahestehenden Gebrauchsmuster gelten[8]). Das Gesetz schließt nur die Klage „auf Grund eines anderen Patents" aus. Die Notwendigkeit einer sinngemäßen Ausdehnung der Vorschrift auf Gebrauchsmuster kann ich nicht anerkennen; hätte der Gesetzgeber dies gewollt, so hätte er zumindest eine entsprechende Vorschrift in das gleichzeitig erlassene GebrMustG. aufgenommen. Zudem enthält § 54 PatG. gerade eine Ausnahmevorschrift und ist deshalb rechtsähnlicher Anwendung nicht fähig.

Ganz undurchführbar ist es, § 54 PatG. sogar auf Ansprüche aus Warenzeichen-, Geschmacksmuster-, Urheberrechtsverletzung und unlauteren Wettbewerb auszudehnen[9]). Diese Ansicht scheitert schon an § 51 Abs. 2 PatG., wonach die Patentstreitsachen für bestimmte Bezirke einem LG. zu-

---

[5]) And. Ans. die überwiegende Meinung des Schrifttums: Benkard § 54 A. 1; Möller § 54 A. 5; Ristow: Mitt. 1937, 104.

[6]) Baumbach, „ZPO." § 767 A. 1.

[7]) Für § 767 Abs. 2 ZPO. RGZ. 55, 101; Jonas, „ZPO." § 767 A. V; Baumbach, „ZPO." § 767 A. 5; Warneyer, „ZPO." § 767 A. III.

[8]) And. Ans. Klauer-Möhring § 54 A. 2; Ristow: Mitt. 1937, 105.

[9]) Wie Ristow: Mitt. 1937, 105 es will.

gewiesen sind[10]). Danach ist beispielsweise für Patentstreitsachen gegen einen Verletzer in Königsberg das LG. Berlin zuständig, vor dem aber Ansprüche wegen Warenzeichenverletzung mangels einer Ausführung des § 32 WZG., aus UnlWG. wegen § 24 UnlWG. und aus Geschmacksmustern und Urheberrecht gleichfalls nicht erhoben werden können.

d) Schon vor Erlaß des neuen PatG. hat es sich in Patentstreitsachen häufig als notwendig erwiesen, einen Rechtsstreit, in dem mehrere Patente geltend gemacht werden, gemäß § 145 ZPO. zu trennen, so daß für jedes Patent ein besonderer Rechtsstreit entstand. Die eine Sicherung der Übersichtlichkeit des Rechtsstreites bezweckende Befugnis der Gerichte zu solcher Trennung wird durch § 54 PatG. nicht eingeschränkt. Denn das Gesetz will ja nur eine Folge von Patentstreitsachen verhindern. Die durch eine starre Durchführung des Häufungsgrundsatzes unter Umständen gefährdete Übersichtlichkeit muß zumindest durch Abtrennung gemäß § 145 ZPO. im Interesse der Rechtspflege wiederhergestellt werden können. Die Zweckbestimmung des § 54 PatG. (vgl. oben II) kommt für solche gerichtliche Maßnahmen überhaupt nicht in Betracht. Zugleich erscheint es auch unbedenklich, wenn der Kläger bereits eine derartige Trennung durch gleichzeitige Einreichung mehrerer Klagen bei dem gleichen Gericht vornimmt, da nach § 147 ZPO. jederzeit eine Verbindung durch das Gericht erfolgen kann.

[10]) Vgl. VO. v. 10. Sept. 1936 (RGBl. II, 299).

V.

Verfahrensrechtliche Vorschriften in Gesetzen des gewerblichen Rechtsschutzes müssen mit besonderer Zurückhaltung angewendet werden. Ein warnendes Beispiel stellt die Zuständigkeitsbestimmung des § 24 UnlWG. dar, um den sich heute kein Kläger und kein Gericht mehr kümmert. Nur wenn die Bedeutung des § 54 PatG. als Ausnahmevorschrift beachtet und eine erweiternde Auslegung entschieden abgelehnt wird, kann der berechtigte und unserem Rechtsempfinden entsprechende Grundgedanke dieser Vorschrift durchgeführt werden.

Kann der § 54 PatG. dem Inhaber einer ausschließlichen Lizenz entgegengehalten werden?

Von Patentanwalt Diplomingenieur Dr. Dr. L. Weber, Dortmund

§ 54. „Wer eine Klage nach § 47 erhoben hat, kann gegen den Beklagten wegen derselben oder einer gleichartigen Handlung auf Grund eines anderen Patentes nur dann eine weitere Klage erheben, wenn er ohne sein Verschulden nicht in der Lage war, auch dieses Patent in dem früheren Rechtsstreit geltend zu machen."

Der § 54 PatG. bringt eine neue Bestimmung in das Patentrecht hinein, nämlich das Verbot der wiederholten Klage des gleichen Klägers gegen die gleiche Verletzungshandlung auf Grund verschiedener Patente. Für den Normalfall des § 54 ein praktisches Beispiel: A. besitzt die beiden Patente 552128 und 610223. Das erste schützt die Verwendung eines Stahles mit einem bestimmten Molybdängehalt für Gegenstände, die warmfest sein müssen; das zweite schützt für den gleichen Verwendungszweck die Verwendung eines Stahles mit Kupfer in bestimmten Grenzen. B. verwendet zur Herstellung warmfester Gegenstände einen Stahl, der sowohl Molybdän als auch Kupfer in den Grenzen der Patente enthält. Klagt A. nun gegen B. wegen Verletzung nur des Molybdänpatentes, so kann A. nicht später auf Grund der gleichen Stahlverwendung gegen B. wegen Verletzung des Kupferpatentes klagen.

Trotz der Einfachheit des Normalfalles ist nicht zu verkennen, daß die knappe positivistische Fassung des § 54 fast in allen Punkten Zweifel und Lücken offen läßt, welche die Rechtsprechung ausfüllen muß. So ist im Wortlaut der Bestimmung offen gelassen, ob der Kläger Patentinhaber sein muß oder nicht, welcher Grad des „Verschuldens" gefordert wird und insbesondere, wie sich der § 54 prozessual einordnet. Besonders über die letztere Frage sind die Ansichten im Schrifttum noch sehr geteilt. Die Erläuterungsbücher von Möller, Busse und Kraußе sind der Ansicht, daß es sich im § 54 um eine Einrede handelt, was zur Folge hat, daß die Anwendung des § 54 von der Geltendmachung der Beklagten abhängig ist. Andere (Benkard, Klauer-Möhring) sehen im § 54 eine Prozeßvoraussetzung, die im Gegensatz zur Einrede von Amts wegen zu prüfen ist. Die prozessuale Einordnung des § 54 ist für alle sich aus dieser Bestimmung ergebenden Fragen von großer Bedeutung; sie wird auch hier noch gestreift werden müssen.

Hier soll nur die Rede sein vom persönlichen Umfang der Anwendung des § 54, und zwar insbesondere im Hinblick auf den Inhaber einer ausschließlichen Lizenz. Bekanntlich ist der ausschließliche Lizenznehmer neben dem Patentinhaber aus dem Patent klageberechtigt, soweit die Ausschließlichkeit seiner Lizenz reicht. Es stehen also dem Patentverletzer im Falle einer ausschließlichen Lizenz zwei Klageberechtigte gegenüber, der Patentinhaber und der Lizenzinhaber, und es ergibt sich damit ohne weiteres die Frage, wie wirkt sich in diesem Falle die Bestimmung des § 54 aus. Will man dieser Frage näher treten, so muß man notwendig von den Motiven der neuen Gesetzesbestimmung als Grundlage für weitere Betrachtungen ausgehen.

Die amtliche Begründung zu § 54 sagt:

„Eine besondere Form des Mißbrauchs wirtschaftlicher Übermacht bei der Austragung von Patentstreitigkeiten hat sich darin gezeigt, daß Inhaber von mehreren Patenten verwandten Inhalts einen angeblichen Verletzer zunächst nur auf Grund eines dieser Patente verklagen, um dann in weiteren Klagen gegen ihn wegen desselben oder eines gleichartigen Tatbestandes die Verletzung der anderen Patente geltend zu machen. Dem Angegriffenen wird dadurch die Verteidigung erschwert, weil die Vielzahl der Prozesse ihm erhöhte Kosten verursacht. Um diesen Stufenklagen zu begegnen, erscheint ein Zwang zur Geltendmachung aller in Betracht kommenden Patente in einem Verfahren geboten." (BlPatZ. 1936, 115.)

Danach ist der Zweck der neuen Gesetzesbestimmung in erster Linie ganz eindeutig der Schutz des kleinen Gewerbetreibenden gegen den wirtschaftlich stärkeren Patentinhaber. Der wirtschaftlich stärkere Inhaber mehrerer Patente soll den wirtschaftlich schwächeren Wettbewerber nicht dadurch mürbe machen können, daß er aus jedem Patent gesondert klagt, dadurch dem Angegriffenen die Verteidigung erschwert und ihm erhöhte Kosten macht. Dem kleinen Gewerbetreibenden soll die Möglichkeit gesichert werden, eine Verletzungsfrage gegenüber einem Komplex mehrerer Patente in einem einzigen Prozeß endgültig zu klären. Ein praktisches Beispiel: Eine kleine Fabrik für elektrische Schweißmaschinen wird von einer großen Firma wegen Patentverletzung angegriffen, die auf dem Gebiete der elektrischen Schweißmaschinen über eine ganze Anzahl von Patenten verfügt. Wird sie von der großen Firma nach § 47 PatG. wegen Verletzung eines oder mehrerer Patente verklagt, so will ihr der Gesetzgeber die Gewißheit geben, daß mit diesem Prozeß das patentrechtliche Verhältnis zwischen ihrer Maschine und dem ganzen Patentkomplex der großen Firma abschließend geklärt ist.

Aus diesen Motiven heraus ist im Hinblick auf die hier zu behandelnde Frage zunächst festzustellen, daß Umgehungen des § 54 auf dem Wege über das Klagerecht des Generallizenznehmers unmöglich sein müssen. Würde der Patentinhaber, nur um den § 54 zu umgehen, an dem zweiten

Patent formell eine ausschließliche Lizenz vergeben und würde dieser formell bestellte Generallizenznehmer dann im Interesse des Patentinhabers als Strohmann den zweiten Prozeß führen, so würde ein solches Verfahren Treu und Glauben widersprechen. Der nachweisbare Umgehungsversuch durch Erteilung einer ausschließlichen Lizenz an einen Strohmann und Vorschickung dieses Strohmannes als Kläger kann natürlich den § 54 nicht ausschließen.

Weiterhin ergibt sich aus den Motiven der Gesetzesbestimmung ohne weiteres, daß kein Anlaß besteht, die Anwendung des § 54 grundsätzlich auf den Patentinhaber zu beschränken. Man muß vielmehr annehmen, daß der § 54 jeden treffen soll, der aus mehreren Patenten klageberechtigt ist. Diese Auffassung bestätigt sich ohne weiteres auch aus dem Wortlaut des § 54. Schon nach dem Wortlaut trifft der § 54 auch denjenigen, der, ohne selbst Patentinhaber zu sein, als Generallizenznehmer an mehreren Patenten klageberechtigt ist, soweit im übrigen die Bedingungen des § 54 erfüllt sind.

Mit der Ausdehnung der Anwendbarkeit des § 54 auf den als Strohmann auftretenden Generallizenznehmer und auf den Generallizenznehmer an mehreren Patenten ist aber noch nicht viel gewonnen. Die Interessen des wirtschaftlich Schwachen, dessen Schutz der § 54 dient, gehen erheblich weiter. Das Ziel des § 54, dem kleinen Gewerbetreibenden durch einen einzigen Prozeß in einer bestimmten Patentlage eine Klärung mit unbedingter Rechtssicherheit zu geben, wird sicher dann nicht erreicht, wenn er weitere Klagen von Generallizenznehmern des ersten Klägers aus dem gleichen Patentkomplex heraus befürchten muß. Vollkommen würde dieses Ziel nur dann erreicht werden, wenn man dem § 54 eine dingliche Belastung nach Art des Vorbenutzungsrechtes oder des Nießbrauches aller der Patente entnehmen könnte, aus denen zur Zeit der ersten Klage der Kläger klageberechtigt ist. Die weiteren Patente wären dann für jeden Rechtsnachfolger oder Generallizenznehmer dinglich mit dem Mangel behaftet, daß sie gegenüber gleichartigen Handlungen des Beklagten der ersten Klage nicht mehr zur Anwendung gebracht werden können, ebenso wie der Rechtsnachfolger und Generallizenznehmer eines Patentes andere dingliche Belastungen übernehmen muß. Natürlich würden in diesem Falle dem Rechtsnachfolger oder Generallizenznehmer unter Umständen schuldrechtliche Ansprüche gegenüber dem Patentinhaber bzw. Lizenzgeber verbleiben wie auch bei den anderen dinglichen Belastungen. Diese Lösung, die auf der einen Seite dem wirtschaftlich Schwachen, der durch die Gesetzesbestimmung geschützt werden soll, allein die völlige Rechtssicherheit geben würde, würde auf der anderen Seite im allgemeinen auch keine untragbaren Härten bringen, da der Rechtsnachfolger oder Generallizenznehmer sich gegen die Folgen einer solchen Handlung schützen kann. Ebenso wie es heute z. B. üblich ist, in Generallizenzverträgen das Vorhandensein etwaiger Vorbenutzungsrechte zu berücksichtigen, etwa durch Minderung der Lizenzgebühr oder durch Vorsehung eines Kündigungsrechtes, könnte auch das Eintreten des Falles nach § 54 ohne Schwierigkeit berücksichtigt werden.

Im Sinne der Motive der Gesetzesbestimmung des § 54 bzw. im Sinne des zu schützenden wirtschaftlich Schwachen wäre also eine solche dingliche Belastung der Patente des ersten Klägers die Ideallösung. Es ist aber nicht zu verkennen, daß sie mit dem Wortlaut des § 54 unvereinbar ist.

Ein Schritt in der Richtung der Ausdehnung des § 54 auf den Generallizenznehmer läßt sich noch tun auf dem Wege der ZPO., wenn man den § 54 prozessual als Erweiterung der Rechtskraftwirkung des ersten Urteils auffaßt, und wenn man weiterhin den Generallizenznehmer als Rechtsnachfolger des Patentinhabers ansieht. Gegen die Auffassung des § 54 als Erweiterung der Rechtskraft bestehen keine Bedenken; das Argument von Ristow (MittPatA. 1937, 102) gegen diese Auffassung, daß der sachliche Umfang des ersten Urteils in keiner Weise berührt wird, erscheint nicht ausschlaggebend. Die Frage, ob der Generallizenznehmer Rechtsnachfolger des Patentinhabers ist, ist zwar ebenfalls bestritten, kann jedoch für die hier zu untersuchende Frage unbedenklich bejaht werden. Unter diesen beiden Voraussetzungen trifft der § 54 den Generallizenznehmer, der nach Rechtshängigkeit des ersten Prozesses an dem ersten Patent eine Generallizenz erworben hat, da die Rechtskraft eines Urteils den nach Rechtshängigkeit entstandenen Rechtsnachfolger erfaßt (§ 325 ZPO.). Damit ergibt sich für die hier zu behandelnde Frage: Vergibt der Inhaber eines Patentes bzw. mehrerer Patente in oder nach einem Prozeß an diesem Patent bzw. diesen mehreren Patenten eine Generallizenz, so steht dem Generallizenznehmer der § 54 in bezug auf dieses Patent bzw. diesen Patentkomplex entgegen, d. h. der Generallizenznehmer kann gegen gleichartige Handlungen des Beklagten des ersten Prozesses das Klagepatent der ersten Klage bzw. andere Patente des übernommenen Patentkomplexes nicht mehr zur Anwendung bringen.

Man kann also in der Richtung der Ausdehnung des § 54 auf den Generallizenznehmer ohne Konflikt mit dem Wortlaut der Bestimmung feststellen, daß der § 54 entgegensteht

- dem als Strohmann vorgeschobenen Generallizenznehmer, weil solche Umgehungsversuche Treu und Glauben widersprechen;
- dem Generallizenznehmer an beiden Patenten als Kläger in beiden Prozessen, weil dieser Fall ohne weiteres vom Wortlaut des § 54 erfaßt wird;
- dem Generallizenznehmer am ersten oder an beiden Patenten auf Grund einer in oder nach dem ersten Prozeß bestellten Generallizenz als Kläger im zweiten Prozeß, weil er als Rechtsnachfolger des Patentinhabers anzusehen ist.

Damit ist aber in der Richtung der Motive zu § 54 wenig erreicht; nach wie vor hat der Bekl. des ersten Prozesses aus dem Patentkomplex des ersten Klägers, vor dem er eigentlich sicher sein sollte, Klagen von seiten des Generallizenznehmers zu erwarten, der seine Lizenz schon vor der ersten Klage erworben hatte oder der nur eine Lizenz an anderen, nicht in der ersten Klage geltend gemachten Patenten hat.

Das Schrifttum sagt bisher zu diesen Fragen sehr wenig; soweit sie überhaupt berührt sind, beschränkt sich die Stellungnahme auf Andeutungen in der Richtung der Ausdehnung des § 54 auf den Generallizenznehmer als Rechtsnachfolger:

Klauer-Möhring, S. 505: „Wechselt zwischen der ersten und der folgenden Klage der Inhaber der mehreren Patente, so steht auch dem Erwerber das Verbot des § 54 entgegen."

Riemschneider-Wilcken, S. 215: „Hat der Kläger an dem anderen Patent zur Zeit der früheren Klagerhebung ein ausschließliches Benutzungsrecht, so wird er selbst eine weitere Klage auf Grund dieses Patents nicht anstrengen können, soweit er überhaupt zur Klage legitimiert war. Dem eingetragenen Patentinhaber dürfte in dem Fall ein eigenes Klagerecht bleiben, wenn der Lizenzinhaber kein eigenes Klagerecht hatte. Sonst wird man die besonderen Umstände berücksichtigen müssen, durch die das Patent nicht auch dem früheren Rechtsstreit zugrunde gelegt wurde, und insbesondere, daß der Zweck des § 54 PatG. nicht umgangen wird, der neben der Verschuldensfrage auch bei allen anderen Zweifelsfragen maßgeblich heranzuziehen ist."

Benkard, S. 219: „Auch verschiedene Berechtigte können unabhängig voneinander und zeitlich hintereinander klagen, so der Patentinhaber und der ausschließliche Lizenznehmer.

Wechselt der Patentinhaber, so wird der Rechtsnachfolger sich den Fehler des Rechtsvorgängers entgegenhalten lassen müssen. Die Rechtsstellung desselben Verletzers kann nicht dadurch verschlechtert werden, daß an Stelle des ersten ein anderer Patentinhaber tritt."

Busse, S. 401: „Die prozeßhindernde Einrede aus dem Verbot der Stufenklagen setzt voraus:

a) Parteienidentität; hierzu nicht Patentinhaber und Generallizenznehmer, ausgenommen Strohmann; ..."

Ristow, MittPatA. 1937, 105: „Die Frage, ob der

ausschließliche Lizenznehmer, der klageberechtigt ist und die ausschließliche Lizenz nach Eintritt der Rechtshängigkeit der ersten Klage erwirbt, als Rechtsnachfolger anzusehen ist, ist zweifelhaft. Die herrschende Meinung verneint dies. Gleichwohl wird man § 54 PatG. auch hier anwenden müssen, wenn man ihm nicht einen großen Teil seines Geltungsbereichs nehmen will, soweit die Ausschließlichkeit reicht."

Wenn man, wie einzelne dieser Stellen, den Grundgedanken des § 54 heranzieht und hervorhebt, daß eine Ausschließung des Generallizenznehmers dem § 54 einen großen Teil seines Geltungsbereiches nehmen würde, so kann man nicht beim Generallizenznehmer als Rechtsnachfolger stehen bleiben, zumal dieser Fall praktisch kaum von besonderer Bedeutung ist. Der kleine Gewerbetreibende will und soll vor einem Patentkomplex eines Patentinhabers, mit dem er in einem Prozeß zusammengestoßen ist, ein für allemal Ruhe haben. Von diesem Gesichtspunkt aus gesehen ist es sinnlos, die Wirkung des § 54 auf den Generallizenznehmer als Rechtsnachfolger zu beschränken.

Zu einer den Motiven des § 54 gerecht werdenden Lösung der gestellten Frage kann man — wenn man die jeden Rechtsnachfolger treffende dingliche Belastung als zu weitgehend ablehnt — nur kommen durch Ausdehnung der Anwendbarkeit dieser Bestimmung wenigstens ganz allgemein auf den Generallizenznehmer des ersten Klägers ohne Rücksicht darauf, ob die Generallizenz vor oder nach der ersten Klage bestellt wurde, ob sie auch an dem Klagepatent oder nur an anderen, in der ersten Klage nicht geltend gemachten Patenten des gleichen Patentkomplexes besteht. Die Abweichung dieser Lösung vom Wortlaut des § 54 bezüglich der dort verlangten Parteiidentität läßt sich vielleicht rechtfertigen durch den Hinweis darauf, daß der Generallizenznehmer aus dem Patentrecht eines anderen klagt, nämlich auf Grund des Patentes des selbst vom § 54 direkt betroffenen ersten Klägers. Und die Voraussetzung des Verschuldens im Wortlaut des § 54 kann man als erfüllt betrachten, wenn man berücksichtigt, daß der Generallizenznehmer der Klage des ersten Klägers als Nebenintervenient beitreten kann, daß er beim Abschluß des Lizenzvertrages den § 54 berücksichtigen kann, und daß er in der Regel mit dem Lizenzgeber praktisch und vertraglich in engster Fühlung steht. Im übrigen sollte die Rechtsprechung selbst dann den Motiven der Bestimmung des § 54 durch Ausdehnung der Anwendbarkeit des § 54 allgemein auf den Generallizenznehmer gerecht werden, wenn die anzustrebende Lösung tatsächlich mit dem Wortlaut der Bestimmung unvereinbar wäre.

Die Sechsmonatsfrist im neuen Patentrecht

Von Patentanwalt Dr. jur. Dr.-Ing. Zeller, Hamburg

Zu den wichtigsten Änderungen, die einen weiteren Schutz des Erfinders in den neuen Gesetzen vom Mai 1936 brachten, gehört auch die Bestimmung, welche sowohl im PatG. (§ 2) als auch im GebrMustG. (§ 1) sich befinden, wonach eine innerhalb von sechs Monaten vor der Anmeldung erfolgte Beschreibung oder Benutzung, als neuheitsschädliche Entgegenhaltung außer Betracht bleibt, wenn sie auf der Erfindung des Anmelders oder seines Rechtsnachfolgers beruht. Diese Bestimmung, welche im ersten Augenblick so klar und einfach erscheint, hat bereits in der Rechtsprechung eine Anzahl von Entscheidungen gezeitigt und auch im Schrifttum zu verschiedenen Behandlungen Anlaß gegeben, die es begrüßenswert erscheinen lassen, eine Übersicht der bisher festgelegten Standpunkte zu gewinnen.

Zunächst erhob sich die Frage, ob und inwieweit diese Bestimmung auch auf die Schutzrechte anzuwenden ist, die vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes, also vor dem 1. Okt. 1936 schon erteilt, bzw. angemeldet waren. Die Meinungen darüber waren nicht einheitlich, wollte doch z. B. Klauer-Möhring die Anwendung dieser Bestimmung auf bereits erteilte Patente nicht zulassen (Klauer-Möhring S. 116), während an anderer Stelle (Zeller, „Handbuch des Gebrauchsmusterrechts" S. 485) der gegenteilige Standpunkt vertreten wurde, der dann auch in der Rechtsprechung übereinstimmend seine Billigung fand.

Die erste Entscheidung erging vom Patentamt am 29. Okt. 1936 (Mitt. 1937, 32) und stellte fest, daß gemäß § 59 Abs. 1 PatG. der Neuheitsbegriff auch auf die bereits vor dem Inkrafttreten des Gesetzes eingereichten Anmeldungen anzuwenden sei, also auch die sogenannte Schutzfrist der sechs Monate. Für bereits erteilte Patente hatte dann das RG. in seiner Entsch. v. 19. Dez. 1936, I 62/36: JW. 1937, 1149[8] = Mitt. 1937, 47 Gelegenheit, die gleiche Feststellung zu treffen, nämlich daß auch auf die vor dem Inkrafttreten des neuen PatG. erteilten Patente der § 2 Abs. 2 PatG. Anwendung zu finden hätte. Schließlich wurde eine entsprechende Feststellung für Gebrauchsmuster dann durch die RGEntsch. v. 15. Febr. 1937, I 188/36: Mitt. 1937, 76 getroffen mit der Betonung, daß die Regel des § 1 Abs. 2 GebrMustG. auch für die vor dem 1. Okt. 1936 eingetragenen Gebrauchsmuster gilt. In der genannten Entscheidung wurde demnach die auf einer eigenen Vorbenutzung des Musterinhabers beruhende Benutzung der nach dem Muster hergestellten Erzeugnisse, durch deren Käufer, ebenfalls als nicht neuheitsschädlich betrachtet. Man kann daher wohl von einer völlig einheitlichen Rechtsprechung, sowohl des Patentamts als auch des RG. in dieser Frage der Anwendung der Übergangsbestimmungen auf die neue Schutzfrist der sechs Monate sprechen, auch das Schrifttum, mit Ausnahme von Klauer, steht auf diesem Standpunkt (vgl. auch Kettner: GRUR. 1937, 17).

Soweit nun die materiellrechtlichen Auswirkungen dieser Bestimmung in Frage kommen, liegen bisher veröffentlichte Entscheidungen nicht vor. Es ist aber trotzdem wertvoll, die Gesichtspunkte zu prüfen, welche solchen Entscheidungen voraussichtlich zugrunde liegen werden, ohne daß sie aus dem Gesetzestext unmittelbar erkennbar sind. Zunächst gewährt die Gesetzesbestimmung über die Sechsmonatsfrist eine Ausnahme von der Neuheitsschädlichkeit nur dann, wenn die Benutzung, die sonst offenkundig oder schädlich war, auf der Ausarbeitung des Anmelders oder seines Rechtsvorgängers beruht. Wenn man diese Vorschrift rein praktisch gesehen betrachtet, so wird man sofort erkennen, daß sie nicht einen so weitgehenden Schutz gewährt, wie es auf den ersten Blick den Anschein haben könnte, denn der Anmelder, also der Erfinder hat den Nachweis in obiger Richtung zu führen, und darin liegt die große praktische Schwierigkeit. Außerdem gilt diese Vorschrift nur für Deutschland, nicht für das Ausland, worauf bereits bei Veröffentlichung des Gesetzes von allen Seiten immer wieder hingewiesen worden ist, um deutsche Anmelder vor Schaden zu bewahren, die vielleicht annahmen, daß die gleichen Vorschriften nun auch für das Ausland Wirksamkeit hätten.

Im Anmeldeverfahren vor dem Patentamt hat also der Anmelder diesen Nachweis zu führen, ohne Rücksicht darauf, ob er auch der Erfinder ist oder nicht. Wenn eine Mehrheit von Erfindern in Frage kommt, so genügt es, wenn die Vorveröffentlichung oder Benutzung auf einen Mitberechtigten zurückgeht. Hat dieser eine Mitberechtigte also durch die Veröffentlichung seinen übrigen Miterfindern gegenüber widerrechtlich gehandelt, so spielt das für die Schutzfrist keine Rolle, da auch in diesem Fall die Veröffentlichung auf die als Einheit zu behandelnde Erfindergemeinschaft zurückgeht (vgl. Zeller, „Handbuch des Gebrauchsmusterrechts" S. 204 u. folgende). Daß bei offenkundiger Vorbenutzung, die auf eine widerrechtliche Entnahme zurückgeht, auch eine außerhalb der Sechsmonatsfrist liegende Vorbenutzung nicht neuheitsschädlich ist, sofern sie auf Vertrauensbruch und Bruch der Geheimhaltungspflicht zurückgeht, hat das RG. bereits ent-

schieden (JW. 1937, 1560 und Zeller, „Handbuch des Gebrauchsmusterrechts“ S. 205 Abs. 2). Die Frage der Beweislast, die praktisch eine große Rolle für diese Vorschrift spielt, erfordert, um überhaupt diese Schutzvorschrift nicht in ihrer Wirksamkeit allzusehr einzuschränken, daß die Beweislast nicht allein nach formell zivilprozeßrechtlichen Gesichtspunkten verteilt wird, sondern sinngemäß so, daß dem Beweispflichtigen die Beweisführung auch praktisch zugemutet werden kann. In der Regel also wird der geschädigte Erfinder, zunächst positiv selten, bei einer Veröffentlichung, die auf eine Kette von Mittelsmännern zurückgeht, ohne weiteres nachweisen können, daß er das letzte Glied der Kette, der berechtigte Erfinder und Anmelder ist. Um diesen Nachweis zu führen, muß er in der Regel die Angabe von dem fordern, der als Urheber bei der Veröffentlichung ermittelt werden kann, und dann muß erst weiter zurückgegangen werden, woher dann der Urheber der Veröffentlichung seine Kenntnis bekommen hat. Mit anderen Worten, es müssen zunächst nur ausreichende Anhaltspunkte für die Glaubhaftmachung der Behauptung vorhanden sein, daß die sonst schädliche offenkundige Vorbenutzung oder Veröffentlichung auf seine Erfindung zurückgeht, sei es daß genau die Nachahmung seines Modells benutzt worden ist, sei es daß im Wortlaut und in der Aufmachung der Beschreibung eine deutliche Abhängigkeit von der Arbeit des Erfinders erkennbar wird; dann muß der Angegriffene nachweisen, woher er die Kenntnis hat. Würde es anders gemacht, so würde praktisch die Bestimmung zur Bedeutungslosigkeit in vielen Fällen verurteilt sein (vgl. Zeller, „Handb.“ S. 206).

Soviel bezüglich der Beweislast.

Der Schutz bezieht sich nur auf die fertig angemeldete Erfindung, und die sechs Monate rechnen vom Tage der Anmeldung an, nicht etwa, wie das in Erfinderkreisen häufig irrtümlich angenommen wurde (wohl in Anlehnung an das amerikanische Gesetz), von dem Tage an, an dem Versuche oder erste Entwürfe für die Niederlegung von Erfindungen vom Anmelder vorliegen.

Die Vorschrift der neuen Schutzfrist gilt auch für den Rechtsvorgänger. Der Wortlaut des Gesetzes könnte zu Zweifeln Anlaß geben, ob nur der unmittelbare Rechtsvorgänger oder auch bei einer Mehrheit von Rechtsübertragungen die Schutzvorschrift Geltung hat.

Es wäre vielleicht zweckmäßig gewesen, im Gesetz zu sagen: „seines oder auch seiner Rechtsvorgänger“, denn das will sinngemäß das Gesetz auch mit erfassen. Ein Beispiel mag diesen Fall erläutern: Ein Erfinder verkauft seine Erfindung, ohne sie bisher angemeldet zu haben. Der Rechtsnachfolger des Erfinders und rechtmäßige Erwerber der Erfinderrechte bewirkt Veröffentlichungen, um zu sehen, welche Aussichten die Verwertung der Erfindung bietet. Er verkauft die Erfindung dann wieder weiter, und dieser Dritte in der Kette, als der rechtmäßige Erwerber der Erfinderrechte, meldet jetzt erst an, beispielsweise eine zu dem Zweck der Verwertung der Erfindung besonders gegründete Gesellschaft. Bei vernünftiger Betrachtung dieser Entwicklung wird man zugeben müssen, daß hier die gleiche Sachlage vorliegt, wie sie das Gesetz gesehen hat, und daß nur formelle Verschiedenheiten bedingt sind. An sich würde es durchaus auch möglich sein und möglich gewesen sein, daß als der Anmelder auch der unmittelbare Rechtsnachfolger des Erfinders hätte auftreten können, die Anmeldung hätte später übertragen werden können; dann wäre nach dem Wortlaut des Gesetzes ohne weiteres die Schutzwirkung der sechs Monate eingetreten. Es kann nun sinngemäß keinen Unterschied bedeuten, daß die Übertragung vor der Anmeldung stattfand und infolgedessen bei der Anmeldung bereits berücksichtigt wird; es kann auch nicht entscheidend sein, ob der Erfinder durch den ersten Rechtsnachfolger schon abgefunden wurde, oder ob er noch Ansprüche an den weiteren Rechtsnachfolger hatte (so auch Zeller, „Handbuch“ S. 206). Diese Regelung ergibt sich aus der Erwägung, daß gerade diese Bestimmung ein Schutz gegen widerrechtliche Entnahme sein sollte. Notwendig ist nur, daß die Kette zwischen Erfinder und berechtigtem Anmelder nicht unterbrochen ist; dann ist es gleich, von welchem Glied der Kette die Veröffentlichung ihren Ausgang nahm.

Ein Punkt sei noch betrachtet, der sich auf den Stichtag bezieht, von dem an die Sechsmonatsfrist rechnet; das Gesetz sagt, „eine innerhalb der sechs Monate vor der Anmeldung erfolgte Benutzung bleibt außer Betracht“, das heißt, der erste maßgebende Tag ist der Tag, an welchem der Erfinder seine Erfindung dem Patentamt klar genug offenbart hat und das Patentamt davon Kenntnis nehmen konnte. Es gilt also der Anmeldetag der Darstellung der Erfindung beim Patentamt, und zwar der erste Eingang der Erfindung beim Patentamt, nicht etwa eine erst spätere Anmeldung, da hier bedeutsame Verschiedenheiten, die auf rein formeller Einstellung beruhen könnten, möglich sind. Diese wichtige Frage, die zu einer anderen Entscheidung führen könnte, habe ich an anderer Stelle („Handbuch“ S. 208) ausführlich behandelt. Es ist ein Unterschied, ob man mit dem Wort „Anmeldung“ gerade beim Gebrauchsmuster sinngemäß den Tag der ersten Offenbarung gegenüber dem Patentamt versteht, oder rein formell eingestellt, unter „Anmeldung“ nur die Priorität versteht, die, wie es z. B. bei Gebrauchsmustern möglich ist, aus Gründen der Einheitlichkeit, bei später nachgereichten Erfindungsmerkmalen des Gebrauchsmusters von dem zuerst eingereichten Erfindungsgedanken und seiner Offenbarung gegenüber dem Patentamt, als spätere Priorität zuerkannt wird. Mit anderen Worten, wird aus formellen Gründen die Priorität verschoben, so wäre es formell verständlich, aber sachlich ungerecht, daß für ein in dieser Anmeldung verbleibendes, vielleicht früher dem Patentamt offenbartes Merkmal, die Sechsmonatsfrist von diesem formell festgesetzten Prioritätsdatum, statt von der tatsächlich erfolgten Anmeldung an, läuft. Das ist jedoch eine Streitfrage, die hauptsächlich bei Gebrauchsmustern eine Rolle spielen kann, da im Patentprüfungsverfahren solche sachlichen Fragen kaum entstehen können, da es eine Verschiebung der Priorität, wie das beispielsweise in der Schweiz der Fall ist, im deutschen Recht für Patente nicht gibt.

Für die Prioritätsfrage muß aber weiter noch beachtet werden, daß unter dem Wort „Anmeldung“ auch insofern als Stichtag, der Tag der wirklich in Deutschland erfolgten Anmeldung, zugrunde zu legen ist, wenn es sich um Anmeldungen handelt, die aus dem Ausland kommen. Der Sinn des Gesetzes war, wie die Gesetzesbegründung zeigt, dem deutschen Erfinder einen Schutz zu gewähren und diesen Schutz auszubauen; es sollte bei der Sechsmonatsfrist sich um die deutschen Anmeldungen handeln, und zwar die tatsächlich erfolgte Offenbarung dem Patentamt gegenüber. Daraus ergibt sich dann, daß nicht etwa für Auslandsanmeldungen, die mit Priorität gemacht werden, nun noch das Prioritätsdatum als das fiktive Anmeldedatum dem Anmeldetag in dieser Gesetzesbestimmung gleichzusetzen ist, denn das würde bedeuten, daß außer der Vergünstigung der Unionspriorität nun auch den Auslandsanmeldern eine darüber hinausgehende Vergünstigung von sechs Monaten für die Neuheitsschädlichkeit zugestanden würde, für die es an einer entsprechenden Vorschrift im Auslande fehlt. Mit „Anmeldung“ ist daher im § 2 PatG. und § 1 Abs. 2 GebrMustG. die tatsächlich erfolgte Anmeldung gemeint, wie das auch in der Begründung im § 7 Abs. 3 PatG. zum Ausdruck kommt, wo bezüglich der Vorbenutzung eine Regelung in gleicher Weise getroffen ist, derart, daß die Bestimmung nur dann ausländischen Anmeldern zugute kommt, wenn durch das ausländische Recht eine entsprechende Gegenseitigkeit bedingt ist. Das wäre auch für die Bestimmung der Sechsmonatsschonfrist die mindeste Forderung, welche man zu stellen hätte, also die Forderung der Gegenseitigkeit, wenn man den Tag der Anmeldung auch auf ausländische Anmeldungen ausdehnen wollte, die mit Priorität erfolgen, also das dadurch erhaltene rein fiktive Prioritätsdatum als maßgeblich anerkennen würde. M. W. ist bisher zu dieser Frage im Schrifttum eine Stellungnahme nur in meinem Handbuch erfolgt und es wäre wünschenswert, wenn diese Frage zu einer Stellungnahme Anlaß geben würde.

Die Erwähnung des § 7 Abs. 3 PatG. leitet über zu den Einschränkungen des Schutzrechtes, welche der Anmelder dulden muß; auch hier ergab sich in der Praxis bereits die Frage, ob die Sechsmonatsfrist irgendeinen Einfluß auf solche

Vorbenutzungsrechte habe; das ist selbstverständlich nicht der Fall, denn diese Bestimmungen des Gesetzes über die Sechsmonatsfrist haben nur eine Bedeutung für die Entscheidung über die Neuheit, also darüber, welche Tatsachen als patenthindernd betrachtet werden können und sollen, aber nicht darüber, was an Einschränkungen für das Schutzrecht in Frage kommt. Es ist hier ein Unterschied zu beachten, der bei der Beurteilung einer offenkundigen im Gegensatz zu einer einfachen Vorbenutzung beachtlich ist. Die offenkundige Vorbenutzung hindert die Erteilung des Schutzrechtes, die einfache Vorbenutzung hindert die Rechtsbeständigkeit eines Schutzrechtes nicht, sie schränkt nur das Untersagungsrecht gegenüber dem Vorbenutzer ein. In diesem Zusammenhang sei noch ergänzt, daß bezüglich der Verletzung eine Entscheidung des RG. v. 4. Jan. 1937 (Mitt. 1937, 80) vorliegt, wonach für die Anerkennung eines Weiterbenutzungsrechts das Recht entscheidet, welches zur Zeit der Anmeldung des entsprechenden Schutzrechts galt.

Die Bedeutung der Eintragung in die Patentrolle bei der Übertragung eines Patentes

Von Rechtsanwalt Dr. Erich Ristow, Berlin

Die Bedeutung der Patentrolle ist für die Praxis der Patentrechtspflege gering. Anträge, die Rolle zu einem öffentlichen Register auszugestalten und ihre Bedeutung derjenigen des Grundbuches anzunähern, wurden abgelehnt. Der Fehler, der begangen wurde, liegt darin, daß man andererseits die Ansätze, die in der Richtung der Schaffung eines öffentlichen Registers lagen, nicht ganz beseitigte. Insbesondere glaubte man, auf einen stets im Interesse der Rechtssicherheit notwendigen Zustellungsadressaten nicht verzichten zu können. In den meisten Fällen geht die Übertragung von Patenten, die Erteilung von Benutzungsrechten vor sich, ohne daß eine Umschreibung in der Rolle erfolgt. Sachlich bestehen gegenüber dieser Praxis keine Bedenken, denn der Übergang der materiellen Rechte setzt Eintragungen in die Rolle nicht voraus, und ein Verlust von Rechten ist nicht zu befürchten, weil der gute Glaube an die Richtigkeit und Vollständigkeit der Rolle nicht geschützt wird und Patentrechte nicht unter entsprechender Anwendung der Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb von Sachenrechten von einem Nichtberechtigten erworben werden können. §§ 932 ff. BGB. finden keine Anwendung. Indessen entstehen Schwierigkeiten, die tatsächlich zu einem Rechtsverlust führen können, wenn Doppelverfügungen stattfinden, die miteinander in Widerspruch stehen, weil dann sowohl wegen der bestehenden Rechtslage Streit entstehen kann als auch formelle Einwände von Dritten erhoben werden können, die ohne Zustimmung des formell nach der Rolle Berechtigten nicht ohne weiteres aus dem Wege geräumt werden können. Man denke etwa an die Anfechtung von Übertragungen usw.

Diese Schwierigkeiten sind jedoch nicht typisch für die Regelung des PatG. hinsichtlich der Bedeutung von Eintragungen in die Patentrolle. § 24 PatG. bestimmt, daß der frühere Patentinhaber nach Maßgabe des PatG. berechtigt und verpflichtet bleibt, solange die Änderung der Person des Patentinhabers nicht in der Patentrolle vermerkt ist. Die gesetzliche Regelung ist unverändert aus dem alten PatG. übernommen worden, ohne die sachliche Berechtigung grundsätzlich zu überprüfen. Nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung hat diese Bestimmung, die sich wegen ihrer Stellung im zweiten Abschnitt (überschrieben: „Reichspatentamt") des PatG. befindet und sich nur auf Erklärungen gegenüber dem Reichspatentamt beziehen sollte, nicht nur Bedeutung, soweit es Zustellungen im Erteilungs-, Einspruchs-, Nichtigkeits- und Beschwerdeverfahren betrifft, sondern auch hinsichtlich aller anderen Vorgänge, insbesondere für die Geltendmachung materieller Rechte. Obwohl im § 9 PatG. die materiellen Voraussetzungen für die Übertragung von Patenten erschöpfend geregelt sind, wird die gesetzessystematisch unmögliche Schlußfolgerung gezogen, daß zur Ergänzung aus dem zweiten Abschnitt, der ausschließlich das Patentamt betrifft, der § 24 zur Ergänzung des § 9 herangezogen wird. Die herrschende Lehre und Rechtsprechung verlangt also über die Voraussetzungen des § 9 hinaus zur Erlangung der vollen Rechtsstellung des Erwerbers eines Patentes, insbesondere zur Erhebung von Patentverletzungsklagen vor den ordentlichen Gerichten, die Eintragung der Rechtsänderung in die Patentrolle (RGZ. 126, 280 = JW. 1930, 1673 m. Anm.; Bl. 36, 102; 25, 5; 14, 164; sowie das gesamte neuere Schrifttum: Benkard, Lutter, Klauer-Möhring, Möller, Busse, Krauße-Katluhn).

Diese Auffassung ist abzulehnen.

I.

Der Zweck, der für die Einführung des § 24 PatG. bestimmend war, bestand darin, Rechtssicherheit im Verkehr zwischen dem Patentamt einerseits und einem bestimmten Adressaten andererseits herzustellen. Es sollte für das Patentamt unzweifelhaft feststehen, an wen es sich zu wenden hatte, wenn Zustellungen zu erfolgen hatten. Dafür spricht, wie bereits erwähnt, auch die Stellung im 2. Abschnitt des PatG. Soweit dieser Zweck reicht, ist der Inhalt des § 24 auch nicht zu beanstanden.

Eine wesentliche Änderung trat in dieser Auffassung, die zunächst Schrifttum und Rechtsprechung beherrschte, ein, als Kohler die Unterscheidung zwischen formellem und materiellem Patentrecht in das Gesetz hineinlas, eine Auffassung, die er später wieder aufgegeben hat. Trotzdem setzte sie sich jedoch durch; man sagte, daß § 5 (jetzt 9) die Voraussetzungen des Übergangs des Vollrechts nicht erschöpfend regele, sondern zur Geltendmachung gegenüber Dritten ganz allgemein die Eintragung in die Rolle erforderlich sei. Nur im Innenverhältnis sei ein Rechtsübergang erfolgt. Nunmehr traten die Prozessualisten hervor und erklärten die Eintragung für eine Prozeßvoraussetzung, die von Amts wegen zu berücksichtigen sei. Der Erfolg war der, daß auch bei Verletzungsklagen die ordentlichen Gerichte die Sachbefugnis verneinten, wenn der Kläger Rechte als Eigentümer geltend machte und nicht in der Rolle eingetragen war. Ja, die Gerichte mußten sogar noch weiter gehen und erklären: Auch alle anderen Rechtsgründe werden von dieser Voraussetzung betroffen; man hätte sagen können, daß eine Patentverletzung zugleich eine unerlaubte Handlung sei, daß dies eine Geschäftsführung ohne Auftrag sei (§ 687 Abs. 2 BGB.), daß die Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung Anwendung finden und sich § 24 PatG. nur auf Ansprüche nach Maßgabe des PatG. beziehen würde. Die Rechtsprechung hat, soweit ich sehe, dies jedoch nicht gesagt, sondern ganz allgemein die fehlende Eintragung bemängelt und die Sachbefugnis verneint.

Die Folgen, die sich hieraus ergaben, waren kaum tragbar: Der wirkliche Eigentümer eines Patentes konnte, wenn er nicht eingetragen war, keine Verletzungsklagen erheben, keine Verwarnungen aussprechen usw. Wer ein minderes Recht besaß, nämlich eine ausschließliche Lizenz, konnte, soweit seine Ausschließlichkeit reichte, dies tun. Es mußte der noch „formell" Berechtigte die Klage erheben und dann Leistung an

einen anderen, nämlich den materiell Berechtigten, verlangen. Hatte der „formell" Berechtigte gar seine Stellung mißbraucht und eine (nichtige) zweite Abtretung vorgenommen, diesen Nichtberechtigten aber in die Rolle eintragen lassen, so stand dieser erheblich besser da als der wirkliche Berechtigte. Es konnte ohne Rücksicht darauf, ob er Eigentümer war oder nicht, gegen Dritte vorgehen.

Solange es eine Rechtsschau (Rechtsphilosophie) gibt, kann man zwei Grundformen unterscheiden: diejenigen, die den Formen große Bedeutung beimessen, und zwar auch dann, wenn im Einzelfall das Motiv, das zu ihrer Einführung führte, nicht zutrifft; ferner diejenigen, die auch bei Formen nach ihrer Berechtigung im Einzelfall fragen und das Sachliche auch hinter einer zu erfordernden Form sehen. Das hat mit der Frage Rechtspositivismus oder lebensnahe Rechtsschau nichts zu tun. Geht man aber von der letzteren aus, so muß bei einer gesetzlichen Form stets folgendes geprüft werden: Führt der Grund, der zur Schaffung der Form führte, auch im vorliegenden Falle dazu, die Form zu verlangen, ist also die Form nicht nur Gesetz — sondern auch rechtmäßig? Die Antwort kann bei der Frage der Sachbefugnis des Inhabers von gewerblichen Schutzrechten nur verneinend lauten. Meist kann der Kläger die Abtretung durch ein Schriftstück oder dergleichen nachweisen; häufig wird der Verletzer durch seine besonderen Kenntnisse seines Gewerbezweiges und durch die Vorkorrespondenz die Eigentumsverhältnisse an dem Schutzrecht kennen. Beiden liegt daran, nicht einen Streit um Formalien zu führen, sondern sachlich eine Ansicht des Gerichts zu einer aufgetauchten Zweifelsfrage zu hören. Häufig finden gerichtliche Auseinandersetzungen nicht in Form von scharfen Kämpfen statt, sondern die Beteiligten wissen bereits vor der Klagerhebung, daß es sich im wesentlichen nur um die Frage einer Lizenzabgabe oder dergleichen handelt; ja, in vielen Fällen ist es sogar nicht in erster Linie wesentlich, *wie* entschieden wird, sondern daß *überhaupt* entschieden wird, um die Ruhe zwischen den Beteiligten wiederherzustellen.

Die sachlichen Gründe, die zur Einführung des Erfordernisses der Eintragung des Eigentums in die Patentrolle führten, rechtfertigen eine Anwendung auf den Verletzungsstreit nicht. Klagt nicht derjenige, der im Patent als Inhaber des Schutzrechtes benannt ist, so muß er — das gehört zur Schlüssigkeit der Klage — die Art des Erwerbs des Schutzrechtes oder einen sonstigen Grund für die Klagebefugnis (ausschließliche Lizenz usw.) dartun. Bestehen Zweifel, so wird bereits der Beklagte auf diese hinweisen. Das gleiche gilt für den Fall, daß der Patentverletzer eine Feststellungsklage erheben will. Auch hier wird regelmäßig ein Schriftwechsel mit dem Berechtigten vorausgehen, durch den bereits feststeht, wer der wahre Berechtigte ist. Eine lebensnahe Anschauung wird stets einen sachlichen Streit zwischen den sachlich Berechtigten verlangen. Demgegenüber besitzt die Berufung auf Formvorschriften, insbesondere diejenige des § 24 PatG., nur geringere Kraft. Der unbefangen und natürlich Denkende wird stets verlangen, daß sich der Streit zwischen dem wirklich Verletzenden und dem wirklichen Interessenten abspielt. Aus diesem Grunde sollte die Rechtsprechung den § 24 nicht dazu benutzen, um einen sachlichen Streit, den die Parteien dem Gericht vortragen, formell beiseitezuschieben.

II.

Die herrschende Auffassung ist formaljuristisch nicht haltbar und mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht vereinbar. Dies wiegt um so schwerer, als gerade Formvorschriften einer besonders strengen Auslegung hinsichtlich ihres sachlichen Geltungsgebietes bedürfen und daher eine ausdehnende Auslegung, was auch bei sonstigen Formerfordernissen von der höchstrichterlichen Rechtsprechung stets anerkannt worden ist, nicht zugänglich sind.

1. Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß der § 24 PatG. im zweiten Abschnitt: „Reichspatentamt" steht und daher nicht für eine Änderung der materiellen Rechtslage des ersten Abschnittes: „Das Patent" herangezogen werden kann. Wenn der Gesetzgeber diese Formvorschrift des § 24 PatG. in den zweiten Abschnitt über das Reichspatentamt eingefügt hat, so hat er damit festgestellt, daß es auf das Patent und seine sachlichen Ausstrahlungen keinerlei wesentliche Änderungen herbeizuführen geeignet sein kann. Wenn § 9 PatG. eine Form für die Übertragung eines Patentes nicht vorschreibt, so kann die Rechtsfolge, die sich aus der Übertragung ergibt, nicht durch eine Bestimmung des zweiten Abschnittes zu einer Übertragung minderen Rechts werden; denn das würde es bedeuten, wenn § 24 PatG. gerade in den Fällen, in denen gegenüber dritten Verletzern Rechte aus der Übertragung hergeleitet werden sollen, die Übertragung des Patentes für unerheblich erklärt.

2. Auch die Motive des § 9 (früher § 6) sowie des § 24 (früher § 19) PatG. sprechen für die hier vertretene Auffassung; hätte der Gesetzgeber beide Bestimmungen miteinander inhaltlich verbinden wollen, um eine Vollübertragung eines Patentes von der Eintragung in die Rolle abhängig zu machen, so wäre diese grundsätzliche Änderung gegenüber dem klaren Inhalt des § 9 gesagt worden.

3. Aus den Worten des Gesetzes ist nicht zu entnehmen, daß der formal Berechtigte, der in der Rolle eingetragen ist, berechtigt und verpflichtet ist. Das Gesetz sagt „der frühere Patentinhaber". Dieser braucht gar nicht in der Rolle eingetragen gewesen zu sein, weil die Übertragung nach § 9 formlos vor sich geht und mit der Eintragung in die Rolle nichts zu tun hat. Auch hieraus ergibt sich, daß die Formvorschrift des § 24 nicht grundsätzliche Bedeutung für das ganze PatG. hat.

4. Aber selbst wenn man den Wortlaut des Gesetzes dahin berichtigt, daß der in der Rolle als Inhaber Eingetragene berechtigt und verpflichtet bleibt, ergibt sich aus dem Wortlaut nicht, daß *nur* dieser die Rechte geltend machen kann.

5. Es ergibt sich schließlich nicht aus dem Wortlaut des Gesetzes, daß die Berechtigung für alle Klagegründe gilt, insbesondere auch solche, die außerhalb des PatG. zur Klagebegründung herangezogen werden. Im Gegenteil, die *herrschende Meinung* muß sich gegen den Wortlaut des Gesetzes stellen, um ihre Auffassung halten zu können. Der Wortlaut sagt, daß der Eingetragene nach Maßgabe des *Patentgesetzes* berechtigt und verpflichtet ist. Fast immer bestehen bei Verletzungsklagen außer den Klagegründen des PatG. solche aus anderen gesetzlichen Bestimmungen: eine Patentverletzung ist auch stets eine unerlaubte Handlung nach § 823 BGB., weil das Patentrecht ein sonstiges Recht im Sinne des § 823 BGB. ist. Auch unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 687 BGB.) sowie der ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff. BGB.) wird man häufig der Klage stattgeben müssen.

6. Schließlich beweisen eine große Anzahl von Fällen, daß die herrschende Lehre zu *unannehmbaren Ergebnissen* führt, so daß sie, wie die Rechtsprechung zeigt, gezwungen war, für mehrere Fallgruppen von der herrschenden Meinung abzugehen.

Klagt der Eigentümer eines Patentes, der als solcher nicht in der Rolle eingetragen ist, gegen den in der Rolle als Eigentümer Eingetragenen, so ist § 24 undurchführbar. Wenn sich die Klage gegen den Rechtsvorgänger richtet, so könnte man noch sagen, daß die Geltendmachung des Anspruches auf Umschreibung der Rolle kein Anspruch aus dem PatG., sondern ein solcher aus dem Abtretungsvertrage ist (genauer: dem der Abtretung zugrunde liegenden Schuldverhältnis). Dieser Gedanke versagt jedoch in den Fällen, in denen der Rechtsvorgänger sein früheres Schutzrecht weiter benutzt und der jetzige Eigentümer gegen ihn auf Unterlassung und Schadensersatz vorgehen will. Das gleiche trifft zu, wenn der Rechtsvorgänger das Patent (zeitlich später als die erste Übertragung) auf einen Dritten überträgt, und dessen Eintragung in die Patentrolle als Eigentümer bewilligt. Die herrschende Lehre, auf diese Fälle angewandt, würde dazu führen, die Klagebefugnis gegen Nichtberechtigte zu versagen. Dieses unannehmbare Ergebnis hat die Rechtsprechung dadurch beseitigt, daß sie in derartigen Fällen die Klagebefugnis unabhängig von der Eintragung in die Rolle gewährt hat.

Es ist anerkannt, daß der Inhaber einer ausschließlichen Lizenz Klagebefugnis gegenüber Verletzern des Patentes besitzt, soweit seine Ausschließlichkeit reicht. Seine Eintragung in die Patentrolle ist nicht erforderlich. Es ist widersinnig, die Klagebefugnis für den Inhaber einer ausschließlichen Lizenz zu bejahen — der Erwerb ist ebenfalls an keine Form gebunden — und sie dem Inhaber des stärkeren Rechts, dem Eigentümer, zu versagen. Das würde dazu führen, daß derjenige, der das Eigentum an einem Patent erwerben will, sich zunächst eine ausschließliche Lizenz geben läßt, damit er für den Verletzungsfall gegen Dritte vorgehen kann, und sich dann erst das Eigentum übertragen läßt.

III.

Die herrschende Lehre läßt sich durch geeigneten Sachvortrag praktisch bedeutungslos machen.

1. In den meisten Fällen wird zwischen den Parteien Einigkeit darüber bestehen, daß der Kläger verfügungsberechtigt und materiell klagebefugt ist, und der Mangel der Eintragung in die Patentrolle wird nicht gerügt werden. Zu einer Nachprüfung von Amts wegen, die an sich nach der herrschenden Auffassung notwendig ist, wird es dann nicht kommen. Erfolgt die Nachprüfung, so kann die Umschreibung in der Rolle — notfalls auch noch in der Berufungsinstanz — nachgeholt werden. Eine Klageänderung liegt nicht vor, da weder der Klageantrag noch der Klagegrund geändert wird. Klagegrund ist nach wie vor das Eigentumsrecht an dem Patent. Aber selbst wenn man eine Klageänderung annimmt, wird man diese für sachdienlich halten müssen.

2. Der zweite Weg, auf dem die unliebsamen Folgen der herrschenden Auffassung beseitigt werden können, ist die Prozeßermächtigung (Prozeßstandschaft). Es ist anerkannt, daß die formelle Klagebefugnis allein und unabhängig von dem materiellen Recht mit der Wirkung abtretbar ist, daß der Erwerber im eigenen Namen fremde Rechte gerichtlich geltend machen kann. Es ist hierbei unerheblich, ob das Eigentum auf den Kläger bereits übergegangen ist oder nicht. Die formelle Ermächtigung nach § 24 PatG. kann für den Einzelfall formlos übertragen werden: der Kläger wird von dem in der Rolle als Eigentümer Eingetragenen ermächtigt, die ihm (dem Eingetragenen) formell zustehenden Rechte zur Klagerhebung im eigenen Namen geltend zu machen.

Die Rechtsprechung hat die Zulässigkeit derartiger prozessualer Ermächtigungen ausgesprochen, wenn zwei Voraussetzungen gegeben waren:

a) Es mußte eine Ermächtigung des zur Klage Befugten an den Kläger vorliegen. Diese Ermächtigung kann für den Fall des Bestreitens während des Schwebens des Verfahrens nachgeholt werden. Ist eine Abtretung erfolgt, so wird man im Zweifel annehmen können, daß darin auch die Ermächtigung zur Erhebung von Ansprüchen gegen Dritte gelegen hat. Darüber hinaus wird in vielen Fällen die Abtretung ohne Umschreibung zum Zwecke der Geltendmachung der Ansprüche erfolgen. Ist ein Kartellvertrag geschlossen, bei dem sich die Beteiligten ihre Schutzrechte zur Mitbenutzung überlassen, so findet sich in diesem meist ausdrücklich gesagt, daß jedem Vertragsbeteiligten die Schutzrechte der anderen zur Erhebung von Klagen gegen Dritte zur Verfügung stehen.

b) Es muß ein eigenes Interesse des Klägers vorliegen. Dieses ist ohne weiteres gegeben, wenn der Kläger Eigentümer des Schutzrechtes ist. Es liegt ferner vor, wenn die angegriffenen Gegenstände den Absatz des Klägers beeinträchtigen, wenn sich seine Lizenzeinnahmen durch die Verletzung vermindern usw.

IV.

Aus dem Vorhergehenden ergibt sich, daß die herrschende Lehre hinsichtlich der Auslegung des § 24 PatG. zur Frage der Klagebefugnis des nicht in der Patentrolle eingetragenen Eigentümers eines Patentes unhaltbar ist, daß die herrschende Lehre zu praktisch unannehmbaren Ergebnissen führt, daß sie in der Rechtspflege nicht folgerichtig durchgeführt wird, daß sie der Forderung nach einer lebensnahen Rechtspflege nicht gerecht wird, sowie schließlich, daß sie durch geeigneten Sachvortrag in ihrer Bedeutung mühelos beseitigt werden kann; sie sollte daher aufgehoben werden.

Erteilungspatent und Verletzungspatent

Prüfung, Umgrenzung und Auslegung der Erfindungstragweite nach dem neuen Patentgesetz

Von Rechtsanwalt Dr. von der Trenck, Berlin

(Vortrag gehalten in der Arbeitsgemeinschaft für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht im Reichspatentamt am 29. April 1937 (gekürzt), ausführliche Wiedergabe GRUR.)

Die Urerscheinung des bisherigen deutschen Patentrechts war sein dualistischer Charakter. Dieser Sachverhalt wurde ein Viertel Jahrhundert lang zugleich getarnt und verschärft durch die Wendung vom „Gegenstand und Schutzumfang". Wenn man diese Wendung mit dem Thema des Vortrages dahin übersetzt, daß man von Erteilungspatent und Verletzungspatent spricht, tritt der wahre Sachverhalt in Erscheinung. Zugleich wird damit die Frage aufgeworfen, ob dieser Sachverhalt mit dem Wesen der Erfindung und der deutschen Regelung des Patentrechts vereinbar ist. Die Frage kann nur gefördert werden, wenn konkrete Einzelheiten in ihrer Bedeutung für die Praxis geprüft werden[1]).

Der weitgehende Dualismus des Patentrechts im Gegensatz zu dem vom Gesetz vorausgesetzten Monismus (Einheit), durch welch ersteren praktisch nach der zutreffenden Bezeichnung von Richard Wirth das gesetzlich als Vorprüfungsverfahren gedachte Verfahren ein gemischtes Anmelde- und Vorprüfungsverfahren (mit mehr anmeldeverfahrensmäßigem Einschlag, aber als Vorprüfungsverfahren falsch bezeichnet) wurde, zeigte sich

A. in der geringen Bedeutung, die das Erteilungsverfahren für das Verletzungsverfahren hatte.

1. Die Berücksichtigung des Erteilungspatents (fälschlich sogenannten „Gegenstandes") im Identitätsstreit bei einer neuen Anmeldung kam hierfür nicht in Betracht und war an sich sogar prinzipwidrig.

2. Die bloße Zugrundelegung des Erteilungspatents als „Ausgangspunkt" der Beurteilung im Verletzungsstreit war ein leeres Ehrenrecht.

3. Gegenüber der ausdehnenden Auslegung im Verletzungsstreit behielt das Erteilungspatent nur Bedeutung, soweit unzweideutige Verzichte und absichtliche Einschränkungen vorlagen.

4. Gegenüber der einschränkenden Auslegung behielt es nur insoweit Bedeutung, als diese nicht unter den „Anspruch" heruntergehen durfte. Beides waren so enge Restwirkungen des Erteilungspatents für das Verletzungspatent, daß das Erteilungsverfahren im wesentlichen nur negative Bedeutung hatte (bindende Versagung).

B. Auch die Grundsätze der Patenterteilung im einzelnen wurden im Verletzungsverfahren nicht innegehalten.

---

[1]) GRUR. 1936, 763.

1. Die engen Identitätsgrundsätze des Erteilungsverfahrens wurden im Verletzungsverfahren überschritten.

2. Die strengen Bestimmtheitsanforderungen (Aufgabenpatent) wurden im Verletzungsverfahren gemildert.

3. Die übermäßigen Einheitsgrundsätze des Erteilungsverfahrens wurden durch den selbständigen Elementenschutz des Verletzungsrichters bei der Kombination illusorisch gemacht.

4. Ähnlich wechselten die Anforderungen bezüglich des Erfordernisses der Ausführbarkeit der Erfindung und der Kenntnis des Erfinders von ihr.

5. Der Verletzungsrichter selbst vergaß seinen eigenen Ausgangspunkt, nämlich den der weitgehenden Unbestimmtheit des Patents im Erteilungsverfahren, wenn es sich bei der Schadensersatzfolge um die grobe Fahrlässigkeit des Verletzers handelte, indem die durch die Natur der Sache oder das Verhalten des Patentamts oder Anmelders bewirkte Unklarheit dem Verletzer weitgehend zum Nachteil gereichte (ähnlich nach mancher Auffassung in Strafsachen).

6. Die Wahrheitspflicht wurde nicht genügend beachtet und die widerspruchsvolle Praxis war an sich nicht wahrhaftig genug.

Die Erfinder sprachen oft ganz offen aus, daß sie die Erfindung im Erteilungsverfahren nicht klarstellen wollten, um die Erteilung leicht mit unscheinbaren Patenten zu erzielen und im Verletzungsverfahren weitgehende Folgerungen daraus zu ziehen, und die Verletzungsbeklagten operierten mit nachträglichem „papiernen" Stand der Technik zur Einschränkung des Patents.

C. Die Mittel zur Erzielung der falschen Ergebnisse waren

1. mangelnde methodische Durchdringung überhaupt. Dem positivistischen Zeitgeist war die Theorie keine organische Erkenntnis auf biologisch-rassischer Grundlage, sondern reiner Gedankenmechanismus, der äußerstes Freirecht mit äußerstem Formalismus vereinigte. Es wurden richtige Gedankengänge zurückgedrängt und die unrichtigen überspitzt.

2. Der Begriff der Ausführungsform wurde überspitzt, als ob das Erteilungsverfahren das, was das Patentamt schützte, überhaupt nicht erkennen ließe, und deshalb die Verletzungsgerichte fast völlig freie Hand in der Auslegung der Erfindung hätten. Wenn das Patentamt wirklich den Erfindungsgedanken nicht erkennen ließ, war das wiederum ein Fehler seinerseits.

3. Der Erfindungsgedanke wurde zu sehr mit Hilfe der Abstraktion als Oberbegriff, statt mit Hilfe der technischen Durchdenkung als *Prinzip* ermittelt.

4. Die Redewendung, daß das Patent wesenhaft irrational sei, verführte dazu und sollte dazu verführen, die Bestimmung im Erteilungsverfahren ungenauer als notwendig vorzunehmen und im Verletzungsverfahren zu übermäßig weitgehenden Abänderungen zu kommen.

5. Dasselbe gilt von der Theorie, die Bestimmung *sollte* im Erteilungsverfahren, auch soweit möglich und geboten, nicht vorgenommen werden. Das Offenbarungserfordernis und die Bedeutung der Beanspruchung wurde zurückgedrängt, um die übermäßig weite Ausdehnung zu erzielen.

6. Aufgebot und Präklusivfrist wurden zurückgedrängt, um übermäßig enge Auslegung im Verletzungsstreit zu erzielen.

7. Der Stand der Technik wurde zur nachträglich engen Auslegung benutzt, weil statt des wirklichen Standes der Technik auch in diesem Zusammenhang der fiktive Stand der Technik des § 2, der nur für das Erteilungsverfahren galt, zugrunde gelegt und der Stand der Technik weniger zur Klärung als zur Neuerteilung des Patents verwertet wurde.

8. Beim Gesichtspunkt der Bereicherung der Technik zwecks ausdehnender Auslegung wurde oft vergessen, daß die Tatsache, daß andere etwas *nicht* gedacht hatten, noch nicht bewies, daß der Erfinder es gedacht und sogar offenbart hatte.

9. Die Wendung vom „Gegenstand" und „Schutzumfang" hat diese Widersprüche gleichzeitig getarnt und verschärft. Sie war ausgesprochenerweise dazu bestimmt, zu ermöglichen, daß man über dasselbe Ding, nämlich das Patent und die Erfindung, je nach Bedarf gegensätzliche Aussagen machte. Die Ermöglichung geschah dadurch, daß man das Ding selbst mit verschiedenen, gegensätzlichen Namen belegte.

D. Die Widersprüche waren verständlich, weil das Patentrecht einerseits mit schwer bestimmbaren Begriffen und andererseits mit einander widersprechenden Gedankenkomplexen arbeiten muß. Das brauchte aber nicht zu so weitgehenden Widersprüchen zu führen, sondern sie mußten nach Möglichkeit überwunden werden (Gegensatz von Schutz des Erfinders und der Öffentlichkeit, subjektivem und objektivem Erfindungsgedanken, Erfindung, Erkenntnis und Offenbarung, technischem und juristischem Denken, Theorie und Praxis, sachlichem und Verfahrensrecht. Fließende Übergänge zwischen Zweck, Aufgabe, Brauchbarkeit, Lösungsprinzip und einzelnem Lösungsgedanken, Schwierigkeiten der abstrakten und konkreten, der festen und der fließenden Bestimmung. Sprach- und Sachwerte, Ausgangspunkt und Grundlage, Ausdrücklichkeit und Klarheit, hervorragender und einfacher Sachverständiger, Betrachtung aus der Zeit des Verletzungsprozesses und Zurückversetzung in die Erteilungszeit, wachsende Erkenntnis und wachsende objektive Größe des Patents, unerkennbarer Erfindungsgedanke, Gefahr von Umgehungen, Betrachtung nach Äquivalenten und nach Erfindungsgedanken, empirische und wissenschaftliche Erkenntnis, fließender Übergang zwischen Klarstellung einerseits und Ausdehnung und Einschränkung andererseits.) Das Gesetz war falsch, weil natürlich das Verbot nicht nur den „Gegenstand der Erfindung", sondern auch Nachahmungen umfaßt. Die völlige Klarstellung des Patentgehalts im Erteilungsverfahren war schon durch die zeitlichen Schwierigkeiten und die Prioritätsgefahr gehemmt. Unrichtige einschränkende oder ausdehnende Erklärungen im Erteilungsverfahren waren nicht wieder gutzumachen. Es lagen also große Schwierigkeiten vor, um das monistische Ideal in möglichster Annäherung zu erreichen.

E. Der neue Gesetzgeber hat patentamtliche Vorprüfung und richterliche Verletzungsentscheidung beibehalten, ist aber den Ursachen der Überspannung des Gegensatzes zwischen Erteilungspatent und Verletzungspatent nachgegangen (Anordnung der Wahrheitspflicht, des Miteinanderarbeitens von Patentamt und Gerichten, Verlängerung der zur Verfügung stehenden Zeit). So ist es möglich und geboten, das Auseinanderklaffen auf ein optimales Minimum zurückzuführen.

Vorsicht des Patentamts und freie Sachauslegung der Gerichte sind als Regel prinzipiell beizubehalten. Im übrigen sind die Ergebnisse durch Korrektur der Mittel zu verbessern.

F. *Mittelverbesserung.* 1. Die bessere Einschärfung des Einheitsgedankens, Patent gleich Patent, muß gefördert werden.

2. Das Erteilungsverfahren darf nicht mit leeren Ausführungsformen und leeren Abstraktionen arbeiten, sondern hat ein Erfindungsprinzip herauszustellen, das dann vom Verletzungsverfahren weitgehend zu berücksichtigen ist.

3. Von Irrationalismus darf nicht gesprochen werden. Die Bestimmung des Patentgehalts ist, soweit möglich und zumutbar, im Erteilungsverfahren vorzunehmen und vom Verletzungsverfahren zu respektieren.

4. Dabei sind auch die Beanspruchung und die sonstigen Formwerte des Rechts zu beachten.

5. Der Offenbarungsgedanke ist immer noch mehr zu betonen, ohne daß er das Allheilmittel wäre.

6. Aufgebot und Präklusivfrist sind ernst zu nehmen.

7. Der Stand der Technik ist im Verletzungsverfahren nur im *lebendigen* Sinne zur Klärung, nicht im fiktiven Sinne zur Korrektur zu benutzen[2]).

8. Bei dem Satz von der Bereicherung der Technik ist stets auf die Frage Rücksicht zu nehmen, ob der Erfinder den weiteren Gedanken gehabt und offenbart hat[3]).

9. Mit der Zurückversetzung in die Anmeldezeit und in die Seele eines mäßigen Sachverständigen ist Ernst zu machen.

10. Die Theorie von „Gegenstand" und „Schutzumfang", die aus dem unvollkommenen Monismus, mit dessen Unvoll-

---

[2]) GRUR. 1936, 763.

[3]) AkadZ. 1936, 1064.

kommenheit man kämpfen wollte, einen bewußten Dualismus machte, muß fallen.

G. Ergebnisverbesserung. 1. Das Erteilungspatent wird dann wirkliche Grundlage, nicht nur formeller Ausgangspunkt des Verletzungsverfahrens (konkret-abstrakte, elastische Rahmenbestimmung), ohne daß das Verletzungsverfahren in ein Aktenverfahren ausarten darf. Beide Instanzen müssen dauernd gegenseitig zusammenwirken und sich gegenseitig in ihre Gedankengänge versetzen. Vor allem muß klargestellt werden, ob über das Konkrete hinaus ein Erfindungsprinzip geschützt sein soll. Das so mäßig ausgelegte Patent ist dann auch im Identitätsstreit zu beachten. In der Frage der ausdrücklichen Verzichte und auch sonst ist das Verantwortungsprinzip durchzuführen[4]).

Auch die Verantwortung des Rechtswahrers, der Auskunft geben soll, muß beachtet werden. Die Rechtssicherheit darf nicht zurücktreten.

2. Die Grundsätze, nach denen in beiden Verfahren gearbeitet wird, müssen ebenfalls möglichst übereinstimmen. Die Identitätsgrundsätze im Erteilungsverfahren sind zu mildern und in dieser gemäßigten Strenge auch im Verletzungsverfahren einzuhalten.

3. Das Einheitsprinzip ist im Erteilungsverfahren nicht zu überspannen und im Verletzungsverfahren nicht zu sehr zurückzustellen (Zusatzanspruch, Kombinationspatent).

Die Grundsätze vom Zweck des Patents und von den Brauchbarkeiten sind ebenfalls auf eine einheitliche Linie zu bringen.

4. Bei der Frage des Schadensersatzes ist, soweit hiernach noch weitgehende Ausdehnungen des Patents im Verletzungsstreit möglich sind, die Fragen der groben und auch einfachen Fahrlässigkeit vorsichtig zu behandeln und nicht eine Gefährdungshaftung des Verletzers für Unklarheiten des Erfinders beizubehalten.

5. Die Wahrheitspflicht ist streng zu handhaben. Die Praxis selbst muß sie unterstützen, indem sie innerlich in allen ihren Teilen konsequent wird.

Patentamt und Gerichte dürfen im neuen Staat nicht gegeneinander arbeiten. Erfinder und Öffentlichkeit sind durch das Band der Rechtsgemeinschaft verbunden. Die extremen Überspannungen des Dualismus widersprechen nicht nur dem Wesen des Patents und den Anforderungen innerlich klarer Methodik und Einheitlichkeit, sondern sind an sich, auch vom Gesichtspunkt des Rechtsgefühls aus, durchaus verfehlt. Es ist nicht zu rechtfertigen, daß der Erfinder übermäßig für Erfindungen belohnt wird, die er weder erkannt noch offenbart hat, und daß das Patent übermäßig eingeschränkt werde wegen eines papiernen Standes der Technik, der erst im Verletzungsverfahren ausgegraben wird.

Die Rechtslehre zum neuen PatG. hat diese Grundsätze weitgehend in ihren Einzelheiten anerkannt.

Die Praxis des Patentamts hat weitgehende Ansätze zur besseren Bestimmung des Patents im Erteilungsverfahren gemacht. Die Gerichte zeigen, zumal sie es zum Teil noch mit älteren, nach der alten Methode bestimmten Patenten zu tun haben, noch weniger die Auswirkung des neuen Gesetzes. Doch sind auch hier Ansätze vorhanden, deren Ausbau zur Verringerung des Übels im Sinne der gesetzlichen Bestrebungen führen wird, ohne daß nunmehr nach der anderen Seite (übermäßige Bestimmung im Erteilungsverfahren, mechanische Auslegung im Verletzungsverfahren) über das Ziel geschossen werden darf.

[4]) MuW. 1936, 393. Zum ganzen v. d. Trenck, „Der einheitliche Schutzgegenstand des Patents“, 1936.

Verwirkung und Ersitzung im Warenzeichenrecht

Von Justizrat Dr. Presser, Düsseldorf

Der Kampf um die Verwirkung ist noch nicht abgeschlossen. Ihre Gegner, wie Nolting-Hauff und Schumann, befehden sie als „Irrweg“, als „entnervendes Gift“: GRUR. 1932, 1088; 1933, 81, während ihre Verteidiger, wie Lehmann, erklären, daß sie aus dem Rechtsleben nicht mehr wegzudenken sei (JW. 1936, 2193). Wer die Entwicklung verfolgen will, findet in dem JW. 1937, 320 abgedruckten Urteil des KG. ein gutes Fundstellenverzeichnis. Das RG. will RGZ. 135, 374 = JW. 1932, 2972 die Anwendbarkeit dieses Rechtsbehelfes auf das Aufwertungsrecht beschränken, geht aber RGZ. 144, 22 = JW. 1934, 1849¹ weiter und erklärt ihn für einige Sondergebiete als zulässig, wie namentlich für gewerblichen Rechtsschutz, Aufwertungsrecht, Arbeitsrecht. An dieser Zulassung hat es bis heute festgehalten; siehe die Urteile vom 26. Mai 1936: MuW. 37, 27; v. 7. Juli 1936: GRUR. 1937, 148 und vom 4. Dez. 1936: JW. 1937, 990, wo es für den gewerblichen Rechtsschutz grundsätzlich die Verwirkungseinrede anerkennt. Das RG. beugt sich dem Bedürfnis der Praxis, das allerdings über allen dogmatischen Bedenken stehen muß. In der Tat ist beim gewerblichen Rechtsschutz, speziell beim Warenzeichenrecht, die Verwirkung ein unentbehrliches Hilfsmittel geworden. Das erklärt sich durch die im Warenzeichenverkehr üblichen Kollisionen der Werbemittel. Der eine führt seine Ware unter einer die Herkunft kennzeichnenden Marke ein, später benutzt ein anderer für gleichartige Waren die Marke in derselben oder in verwechslungsfähiger Form, und nachdem dieses Nebeneinandergebrauchen so lange gewährt hat, bis der andere seine Marke im Verkehr durchgesetzt hat, erfolgt ein Zusammenstoß. Dann streiten gegeneinander entweder 1. eingetragenes Warenzeichen gegen eingetragenes Warenzeichen (nachstehend kurz Warenzeichen genannt), oder 2. Warenzeichen gegen Ausstattung (§ 25 WZG.), oder 3. Ausstattung gegen Ausstattung. Wäre der Befugte, also der Verletzte, bald nach Beginn des unbefugten Gebrauchs gegen den Verletzer eingeschritten, so wäre der Konflikt durch das Prioritätsprinzip gelöst worden. Im Falle 1 gemäß § 11 WZG. (bisher § 9), in den beiden anderen Fällen gemäß analoger Anwendung des § 11 WZG. Hat beispielsweise ein Münchener für Bayern seiner nicht registrierten Marke Verkehrsgeltung verschafft (Ausstattung) und läßt nachher ein Leipziger dieselbe oder eine verwechslungsfähige Marke für gleichartige Waren als Warenzeichen eintragen, so muß er, obwohl an und für sich sein Zeichen für ganz Deutschland gilt, in Bayern vor dem Ausstattungsschutz des Münchener zurücktreten „Älterer Ausstattungsschutz bricht jüngeres Warenzeichen“. Das RG. sagt MuW. 37, 29: „Nach der jetzt ständigen Rechtsprechung des RG. hat ein durch die Entwicklung des Verkehrs geschaffener tatsächlicher Zustand Anspruch auf Schutz vor dem formalen Zeichenrecht.“

Aber wie ist es, wenn, nachdem der Leipziger sein Zeichen schon eingetragen und benutzt hatte, dann erst der Münchener seine Marke in Bayern eingeführt und dort durch längere ungestörte Benutzung zur Verkehrsanerkennung gebracht hat? Muß der Leipziger, wenn er jetzt in Bayern eindringen will, den jüngeren Ausstattungsbesitz respektieren? Es ist klar, daß der Leipziger bei fortgesetzter Benutzung seiner Marke seinen Unterlassungsanspruch nicht etwa durch Verjährung verlieren kann. Dennoch verlangt in gewissen Fällen das Rechtsgefühl, daß der Münchener nicht zur Aufgabe seines Markengebrauchs und somit seiner Geschäftsgrundlagen gezwungen werden soll. Unter Umständen kann der Jüngerberechtigte den mit Mühe und Kosten erworbenen wertvollen Besitzstand schützen, indem er dem Älterberechtigten den Verwirkungseinwand entgegensetzen darf.

Der Grundgedanke wird aus § 242 BGB. entnommen, es ist der Gemeinschaftsgedanke, der in gewissen Fällen die Berücksichtigung der beiderseitigen Interessenanlage erheischt, d. h. die Betrachtung des Streitfalles nicht nur von der Seite des Gläubigers, sondern auch von der Seite des Schuldners. Also Haftungsschutz des Schuldners zum Unterschied von Voll-

streckungsschutz. Der erstgenannte Schutz hat im Aufwertungsrecht zahlreiche Streitfälle, besonders solche der freien Aufwertung, beherrscht und teils zur Schuldbeschränkung, teils zur Schuldbefreiung geführt. Der Lieferant brauchte nicht zu liefern, wenn ihm ein nach Vertragsschluß wertlos gewordenes Papiergeld als Kaufpreis geboten wurde. Die Formel wurde auch schon vor den Aufwertungsprozessen anderswo angewandt, z. B. bei der Unzumutbarkeitslehre, wonach der Lieferant nicht zu liefern brauchte, wenn nach Vertragsschluß unerwartete übermäßige Beschaffungsschwierigkeiten eintraten, die seine Leistung zwar nicht unmöglich, aber unzumutbar machten[1]).

Nur so viel soll hier gesagt werden zur Daseinsberechtigung der Verwirkung im Warenzeichenrecht: Der Meinungskampf um ihre Unentbehrlichkeit ist heute abgeebbt, um so lebhafter streitet man um eine gültige Definition des Begriffs, also um die Begriffselemente. Es erscheint dienlich, zumal für den Praktiker, der schnell entscheiden soll, die zersplitterten Meinungen einer kurzen zusammenfassenden Betrachtung zu unterziehen.

Darüber herrscht Einigkeit, daß der Zeitablauf allein nicht zur Anspruchsverwirkung genügt. Der Münchener jüngere Ausstattungserwerber kann sich gegen die Unterlassungsklage des Leipziger älteren Zeicheninhabers nicht auf die Einrede beschränken, er habe 10 Jahre von dem Leipziger nichts gehört, jetzt auf einmal komme dieser mit der Absicht, Bayern zu erobern. Zu dem Zeitablauf müssen noch andere Momente hinzutreten.

Streitig ist zunächst, ob auf seiten des Verletzten (also des Unterlassungsklägers) eine Voraussetzung hinzukommen muß. Die einen behaupten, er müsse um die Verletzung gewußt haben und trotzdem untätig geblieben sein, dem stände gleich, wenn er zwar keine Kenntnis gehabt habe, die Unkenntnis aber auf Fahrlässigkeit beruhe. Das Erfordernis der Kenntnis des Verletzten wird von anderen bestritten.

Die Meinungen gehen scharf auseinander. Das RGZ. 134, 38 = JW. 1932, 942[9] (m. Anm.) schaltet das Erfordernis der Kenntnis des Verletzten aus, ebenso in einer späteren Entsch. GRUR. 1932, 300. Pinzger, Komm., 2. Aufl., S. 206 schließt sich an. Danach wäre weder Kenntnis noch fahrlässige Unkenntnis des Verletzten von Belang. Im Schrifttum findet man recht gegensätzliche Ansichten. Dieser Gegensatz erklärt sich durch die Verschiedenheit der Konstruktionen des Verwirkungsbegriffs. Tegtmeyer: JW. 1936, 3100 legt das Gewicht auf die Untätigkeit des Verletzten. Diese sei ein Verstoß gegen Treu und Glauben und konstruiert eine Handlungspflicht des Verletzten auf Grund einer Treupflicht. Diese will er nicht auf Verhältnisse beschränkt sehen, wo persönliche Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner zur Treue verpflichten. Er verweist aber selbst auf die oben zitierte Entsch. RGZ. 134, 38 und fügt hinzu, daß dort dem völlig ahnungslosen Gläubiger der Unterlassungsanspruch abgesprochen worden sei. Tegtmeyer müßte in Konsequenz dieser Entscheidung eine Handlungspflicht verneinen, da ein ahnungsloser Verletzter eine solche Pflicht nicht haben kann. Wer sie bejaht, muß verlangen, daß der Verletzte eine Ahnung hat, oder haben müßte. Im ersteren Fall läge sein Verstoß im wissentlichen Nichteinschreiten, im letzteren Fall in der mangelnden Nachforschung nach etwaigen Verletzungen[2]).

Baumbach nähert sich Tegtmeyer, wenn er den Anspruch des Verletzten nur im Fall seiner Schuld als verwirkungsfähig ansieht. In seinem „Kurzkomm. zum WZG.“, 3. Aufl., S. 56 sagt er, „es kann unmöglich der sein Recht verwirken, der ganz schuldlos nicht eingeschritten ist“. Ganz anders Lehmann: JW. 1936, 193. Er verneint eine Handlungs- und Treupflicht des Verletzten, die zu einer Übersteigerung der Gläubigerpflichten führen würde[3]).

Das Schwergewicht liegt nach Lehmann nicht in der Untätigkeit des Verletzten, sondern in der Rechtsausübung nach langer Zeit, in dem Zurückgreifen auf den Anfang einer Entwicklung, die er nicht verschuldet haben mag, die aber nun einmal ungestört verlaufen ist und wirtschaftliche Verhältnisse geändert hat. Also der Versuch, eine abgeschlossene Entwicklung zurückzuschrauben durch Geltendmachung eines an und für sich bestehenden unverjährten Rechts ist das, was gegen Treu und Glauben verstößt. Lehmann stellt die These von der Unzulässigkeit des gegensätzlichen Verhaltens des Gläubigers auf, der sich mit seiner bisherigen Passivität durch die Unterlassungsklage in Widerspruch setzt. Er verweist auf RGZ. 131, 233 = JW. 1931, 2704, die einen Fall aus dem Aufwertungsrecht behandelt und einen Ausgleichsanspruch auch bei völlig schuldlosem Verhalten des Gläubigers als der Verwirkung fähig bezeichnet, „da die Sachlage auf seiten des Gläubigers überhaupt nicht ausschließlich maßgeblich ist“. Wer Schuld oder Unschuld des Gläubigers für belanglos hält, muß dessen Kenntnis oder Unkenntnis für belanglos halten und demnach das Postulat, daß zum Zeitablauf Kenntnis auf seiten des Gläubigers hinzutreten muß, ablehnen.

Welche Voraussetzungen müssen nun auf seiten des Schuldners hinzukommen? Einmütig ist man der Meinung, daß der Verletzer in redlichem Besitz sein muß.

Hier sind nun drei Fälle zu unterscheiden.

1. Der Verletzer nimmt die Marke ahnungslos in Gebrauch und bleibt in dieser Unkenntnis, bis er ihr Verkehrsanerkennung verschafft hat.

2. Er nimmt sie in Gebrauch in Kenntnis seiner mangelnden Befugnis, setzt den unbefugten Gebrauch fort, erfährt aber, während er sie im Verkehr durchzusetzen bestrebt ist, daß der Verletzte keinenfalls mit Verletzungen irgendwelcher Art einverstanden ist, z. B. eine Abwehrorganisation hat, die nach Verletzungen sucht und jeden Nachahmer faßt. Der Verletzer stört sich aber nicht daran, sondern spekuliert darauf, daß er so lange unbehelligt bleibt, bis seine Marke die Verkehrsgeltung erlangt hat. Zu dem wissentlich unbefugten Gebrauch kommt also Arglist.

3. Der Verletzer beginnt subjektiv unbefugt den Gebrauch, das passive Verhalten des Verletzten berechtigt ihn aber zu dem Glauben, daß dieser die Störung dulde.

Die beiden ersten Fälle bieten kein Problem. Im ersten Fall wird die Verwirkung nicht gehindert, im zweiten Falle wird sie gehindert, da niemand aus seiner fortdauernden Arglist Vorteile ziehen kann.

Der dritte Fall ist aber umstritten.

Kann sich die anfängliche Unredlichkeit verlieren?

Es handelt sich um die Umwandlungsthese. Umwandlung der anfänglichen mala fides in nachträgliche bona fides. Schumann sagt a. a. O. „Raubgut bleibt Raubgut“, „quod initio vitiosum est, non tractu temporis potest convalescere“. Aber die Umformungslehre hat sich durchgesetzt. Das RG. sagt schon JW. 1931, 430 in einem Fall aus dem LitUrhG. „untätiges Abwarten läßt sich, wenn keine besonderen Gründe es rechtfertigen, als Einverständnis mit dem Verhalten des Gegners deuten“. Pinzger a. a. O. sagt: „Kann der Schuldner das passive Verhalten des Zeicheninhabers dahin deuten, daß seine Bemühungen um Erlangung der Anerkennung im Verkehr geduldet werden sollen — so daß also der gute Glaube des Verletzers von wesentlicher Bedeutung ist —, so kann die Tatsache, daß diese Bemühungen ursprünglich unzulässige, ja sogar vielleicht sittenwidrige Wettbewerbshandlungen waren, dem Einwand der Verwirkung nicht mehr entgegenstehen“ (mit Zitaten).

Wann nun der Verletzer an die Duldung seitens des Verletzten glauben darf, ist immer nach den besonderen Umständen des Falles zu beurteilen (JW. 1937, 992). Er braucht nicht die Kenntnis des Verletzten zu beweisen, sondern nur seinen Glauben an diese Kenntnis. Für diesen Glauben genügt seine Annahme, daß der Verletzte untätig bleibe trotz Kenntnis von der Verletzung und trotz dem Bewußtsein, daß diese auf die Dauer zu einem Besitzstand des Verletzers führen muß.

Man darf aber nicht die Fälle des guten Glaubens auf den Fall beschränken, wo der Verletzer die Kenntnis des

---

1) Siehe Verf.: DJZ. 1922, 147 speziell auch über Schuldbefreiung infolge nachträglichen subjektiven Unvermögens.

2) Sein Hinweis auf Siebert: JW. 1936, 2492 geht fehl, weil dort von einer Treupflicht eines unbestritten um die Verletzung Wissenden in einem Falle aus dem Arbeitsrecht die Rede ist.

3) Auch Müller: DJZ. 1935, 270 gegen Treupflicht.

anderen hat unterstellen dürfen. Die Sache kann auch so liegen, daß der Verletzer die Ahnungslosigkeit des anderen gewußt hat, oder damit hat rechnen müssen, trotzdem aber guten Glaubens ist. In obigem Beispielsfall kann der Münchener aus dem Charakter des Leipziger Unternehmens geschlossen haben, daß der Leipziger seinen Abnehmerkreis nicht über Sachsen hinaus ausdehnen wolle, und es diesem daher gleichgültig sei, ob vielleicht in anderen Gebieten, z. B. in Bayern, Nachahmungen stattfinden.

Erwähnenswert sind noch zwei Fälle, die man bei der Erörterung des Verwirkungsbegriffs behandelt, zu deren Entscheidung man aber die Hilfe dieses Rechtsbehelfes nicht zu beanspruchen braucht und daher auch nicht beanspruchen soll.

Erster Fall: Das arglistige Zuwarten des Verletzten. Er weiß von der unbefugten Ingebrauchnahme seiner Marke durch einen anderen, wartet absichtlich, bis dieser mit Mühe und Kosten der gleichen oder einer verwechslungsfähigen Marke Verkehrsgeltung verschafft hat, um dann aus dem Hinterhalt auf ihn zu stürzen, etwa um ihm eine Abfindung abzupressen (Baumbach, „Kurzkomm. zum WZG." S. 57). Da hilft dem Verletzer der allgemeine Einwand der Arglist, auch in dem Falle, wo er selbst arglistig ist. In pari turpitudine est melior causa possidentis.

Zweiter Fall: Der Verletzer benutzt die Marke zu betrügerischen Zwecken. Das deckt sich aber nicht mit dem Bewußtsein, daß seine Marke verwechslungsfähig und daher irreführend ist, sondern es muß hinzukommen, daß er unlautere Zwecke verfolgt.

Hier greift der Grundsatz durch, daß unlauterer Wettbewerb, als die Allgemeinheit schädigend, nicht geschützt werden darf. Die Belange der Allgemeinheit gehen den Einzelbelangen immer vor (Baumbach a. a. O. S. 57; JW. 1935, 3159).

Vereinzelt wird nun eine Ansicht vertreten, die über die Verwirkung hinausgeht und Ersitzung annimmt (GRUR. 1930, 93), und zwar unter analoger Anwendung von § 937 BGB. Damit würde gewiß manche der obigen Streitfragen leichter gelöst werden können, aber es fehlt an den Begriffsmerkmalen der Ersitzung. Daher wird sie fast allgemein abgelehnt. So Baumbach: GRUR. 1930, 251 und sein „Kurzkomm. zum WZG." S. 57; ebenso Pinzger a. a. O. S. 206. Auch das RGZ. 134, 41 = JW. 1932, 942[9] (m. Anm.) sagt, daß die Verwirkung im Wettbewerbsrecht und im Warenzeichenrecht nicht auf ersitzungsähnlichen Gedanken beruhe.

Das Erfordernis, daß auf seiten des Verletzers ein bestimmter Zustand, ein Besitzstand, eingetreten sein muß, spricht nicht gegen die Verwirkung, denn auch dieser ist es eigentümlich, daß gewisse Verhältnisse bei dem eingetreten sein müssen, der sich auf die Verwirkung beruft (im Gegensatz zur Verjährung), er muß Maßnahmen ergriffen haben im Vertrauen darauf, daß seine durch die Maßnahmen veränderte wirtschaftliche Lage vom Gegner nicht gestört wird. Die Beeinflussung der wirtschaftlichen Lage des Schuldners durch die bewußte oder unbewußte Untätigkeit des Gläubigers ist Begriffselement der Verwirkung, wie schon das RG. im Aufwertungsrecht JW. 1936, 2388 ausgesprochen hat.

Vor allem kann aus folgendem Grunde von keiner Ersitzung, also von keiner erwerbenden Verjährung die Rede sein.

Der Verletzer erwirbt kein Recht. Aus dem Besitzstand, der nur ein faktischer, unter Umständen geschützter ist, erwächst ihm kein Besitzrecht, erst recht kein Eigentumsrecht. Der Einwand der Verwirkung beschränkt nur den Unterlassungsanspruch des Verletzten. Häufig wirkt der Einwand auch nur für ein abgegrenztes räumliches Gebiet, so in obigem Beispielsfalle nur für Bayern, falls der Leipziger dort Fuß fassen will und vom Münchener die Unterlassung verlangt. Dann kann ihm der Leipziger für Bayern nicht den Gebrauch der Marke verbieten, aber auch umgekehrt kann der Münchener dem Leipziger nichts verbieten, sondern muß ihn neben sich in Bayern dulden, der beste Beweis, daß der Münchener kein Recht erwirbt. Diese Rechtsposition des Verletzers verkennen auch die Freunde der Ersitzung nicht und sprechen deshalb von relativ wirksamer Ersitzung. Aber warum den überfüllten Konstruktionshimmel noch mit einem Zwischenbegriff bereichern?

In allen Fällen, wo dem Schuldner deshalb geholfen werden muß, weil der Rechtsbehelf der Verjährung versagt, bietet das Rechtsgebilde der Verwirkung ausreichenden Schutz, ohne daß man zu einem „romanistischen Relikt", wie die Ersitzung, greifen muß.

Ist der Hinweis auf die Tatsache, daß ein Wettbewerber Jude ist, als unlautere Wettbewerbshandlung anzusehen?

Von Rechtsanwalt Dr. Otto Rilk, Berlin

Das RG. (der 2. ZivSen.) hat in der Entscheidung vom 26. Jan. 1937 (II 161/36, in diesem Heft S. 1878[3]) keinen Verstoß gegen § 1 UnlWG. darin gesehen, daß ein deutsches Wirtschaftsunternehmen eine amtliche Stelle (Industrie- und Handelskammer) darauf hinwies, daß ein Konkurrent eine ausländische Firma und ihr Inhaber jüdisch sei.

Wenn auch das RG. hier zu dem Ergebnis kommt, daß der Hinweis auf die Eigenschaft des Wettbewerbers als Ausländer oder Jude zulässig ist, so ist doch in dieser Entscheidung gerade der Grundsatz ausgesprochen, daß an und für sich der Hinweis auf derartige persönliche Eigenschaften des Wettbewerbers als Maßnahme des Wettbewerbs nicht zulässig sei. Nur wegen der besonderen Umstände des vorliegenden Falles, der Beklagte hatte sich nicht an Interessenten, sondern an eine Behörde gewandt, ist sein Verhalten von dem RG. nicht als unlauter angesehen worden.

Mit dieser Entscheidung hat das RG. erneut zu erkennen gegeben, daß es seinen von 1933 bis 1935 eingenommenen Standpunkt, daß der Hinweis auf die Eigenschaft des Wettbewerbers als Ausländer und als Juden zulässig sei, nicht aufrechthalten will. Es ist interessant, zu verfolgen, wie die Rechtsprechung des RG. zu dieser Rechtsfrage gewechselt hat. Bis 1933 war es einstimmige Ansicht im Schrifttum und ständige Rechtsprechung, daß der Hinweis auf persönliche Eigenschaften des Wettbewerbers wettbewerbsfremd und daher unlauter sei (vgl. Rilk, „Judentum und Wettbewerb", Nr. 9 der Schriftenreihe „Das Judentum in der Rechtswissenschaft", S. 19, und das dort zitierte Schrifttum). Eine Ausnahme hatte das RG. nur in den Kriegsjahren aus der Idee des Retorsionsrechts zugelassen (vgl. MuW. XV, 87 und XV, 165). Die allgemeine Wandlung im Rechtsdenken nach 1933 hat dann dazu geführt, daß das RG. in zwei grundlegenden Entscheidungen den Standpunkt einnahm, daß es grundsätzlich zulässig sei, im Wettbewerb darauf hinzuweisen, daß ein Konkurrent Ausländer oder Jude sei. Es sind dies die sog. Dunlopentscheidung (JW. 1933, 1578) und das Multigraphurteil (JW. 1935, 1681). In der ersten, der Dunlopentscheidung, wird der Grundsatz gerade dahin aufgestellt, daß der Hinweis auf den ausländischen Charakter eines Geschäfts oder einer fremden Ware nicht als Verstoß gegen § 1 UnlWG. anzusehen sei, „eine gegenteilige Auffassung würde von dem Verkehr einfach nicht verstanden werden". Die zweite Entscheidung verstärkt noch einmal den in der ersten Entscheidung eingenommenen Standpunkt. Sie setzt sich dabei ausdrücklich mit der Gegenmeinung von Baumbach: MuW. 1934, 261 ff. auseinander und bezieht sich auf die wissenschaftliche Zustimmung von Nerreter: GRUR. 1933, 477 ff. Die Begründung des RG. ist im wesentlichen wirtschaftspolitisch und stellt

es darauf ab, daß sich der deutsche Handel bereits seit 1931 in einem angespannten Wettkampf mit dem Ausland befinde.

Das RG. greift damit zurück auf die bereits in den Weltkriegsentscheidungen angewandte Begründung, daß derartige Hinweise als Notwehrmaßnahmen gegen den handelspolitischen Druck des Auslands gerechtfertigt und daher nicht unlauter seien.

Stufenweise ist dann das RG. von seiner Auffassung abgewichen, und, während es noch in der Entscheidung vom 7. Jan. 1936 (JW. 1936, 1366) heißt, daß für den dort entschiedenen Fall kein Anlaß vorläge, zu der Frage Stellung zu nehmen, ob an der Dunlopentscheidung grundsätzlich festzuhalten sei, heißt es schon in der Entscheidung v. 13. Nov. 1936 (AWR. 1937, 73), daß der Hinweis in einem Rundschreiben, daß ein Konkurrent Ausländer und Jude sei, unlauter sei und es sich auch um eine wettbewerbsrechtliche Erklärung handle.

In der Entscheidung v. 25. Febr. 1936 (JW. 1936, 1366 ff., insbesondere 1368) begründet das RG. seinen neuen Rechtsstandpunkt wörtlich folgendermaßen:

„Soll der Hinweis auf den jüdischen Charakter eines Unternehmens dazu dienen, den eigenen Wettbewerb auf Kosten des angegriffenen Mitbewerbers zu fördern, so stellt er einen Fall persönlicher Reklame dar, die aus den oben angeführten Gründen als wettbewerbsfremd und unlauter angesehen werden muß und ebenso gegen § 1 UnlWG. verstößt wie die vorher behandelte Betonung des internationalen Charakters der Klägerin. Auch hier kann sich die Beklagte nicht darauf berufen, daß es im Sinne nationalsozialistischer Weltanschauung liege, gerade die ländliche Bevölkerung von einer wirtschaftlichen Beeinflussung durch jüdische Kreise zu bewahren." Anschließend ist dann der Vorbehalt gemacht worden, daß es jedem Wettbewerber freistehen mag, „gegebenenfalls die Parteien oder die Staatsstellen zu unterrichten". Es wird also bereits in dieser Entscheidung, wie auch in der vorliegenden, die häufig angewandte Begründung angeführt, daß die Staats- und Parteistellen auch im Wettbewerbsrecht die Grenzen politischen Geschehens gezogen haben. Der einzelne Volksgenosse und die Gerichte seien nicht berufen, darüber hinauszugehen, insbesondere dürften nicht die von dem Gesetzgeber erkennbar gezogenen Grenzen überschritten werden.

Auf den vorliegenden Fall übertragen, heißt das, daß der Staat die Ausübung eines gewöhnlichen Gewerbes durch Juden oder Ausländer nicht verboten habe, daß sie demnach als gleichberechtigt mit jedem deutschen, arischen Unternehmen anzusehen seien. Es wird deshalb auch in vorliegendem Falle in der Begründung ausdrücklich der berühmte „Anundfürsichstandpunkt" des RG. eingenommen, wenn es heißt: „Wenn auch die Heranziehung persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse eines Mitbewerbers, also von Umständen, die mit der Güte der eigenen Leistung nichts zu tun haben, als dem anständigen Wettbewerb fremd, grundsätzlich unlauter und sittenwidrig im Sinne des § 1 UnlWG. ist, so sind doch Fälle denkbar, in denen ein solches wettbewerbliches Verhalten für zulässig erachtet werden muß."

Es ist erstaunlich, daß derselbe Senat des RG. in so kurzer Zeit seinen Standpunkt grundsätzlich geändert hat. Culemann (JW. 1936, 1369) scheint dies darauf zurückführen zu wollen, daß im Schrifttum sich zahlreiche Stimmen gegen diese Entscheidung ausgesprochen haben. Immerhin führt auch Culemann gegenüber fünf ablehnenden Literaturbelegen zwei zustimmende an, nämlich Nerreter: GRUR. 1933, 747 und Schlechtriem: JW. 1933, 1578.

M. E. ist das RG. zu Unrecht von seinem in den Jahren 1933 bis 1935 vertretenen Standpunkt wieder abgewichen, jedenfalls soweit es die Frage des Hinweises auf die Tatsache betrifft, daß der Konkurrent Jude ist. Sowohl die Rechtsprechung des RG. als auch das Schrifttum haben bisher die beiden Fälle, den Hinweis auf Ausländereigenschaft und auf Zugehörigkeit zur jüdischen Rasse, identisch behandelt. Die Frage, ob ein Hinweis darauf, daß der Inhaber eines Unternehmens Jude ist, statthaft sei, ist stets nur als eine Funktion der Frage behandelt worden, ob der Hinweis auf die Ausländereigenschaft eines Unternehmens zulässig sei. Die Rechtsprechung und die Rechtswissenschaft haben beide Fälle als völlig gleichliegend angesehen. Da die Begründung in der Rechtsprechung, wie bereits oben dargelegt, eine wirtschaftspolitische war, so wurde auch die Frage des Hinweises auf das Nichtariertum eines Unternehmens inzidenter mit derselben Begründung ausgefochten, obwohl diese hierfür überhaupt nicht paßt. Lediglich weil das Schrifttum erhebliche Bedenken gegen die wirtschaftspolitische Begründung des RG. bei der Ausländereigenschaft erhoben hatte, und die Art der Begründung sich auch tatsächlich als erheblich angreifbar darstellt, ist man wieder auf dem Standpunkt angelangt: „Persönliche Hinweise sind wettbewerbsfremd, also sind sie auch unlauter." Damit ist wieder einmal von der Rechtswissenschaft ein Schutzwall um das Judentum bezogen mit einer Begründung, die mit der Judenfrage überhaupt nicht das geringste zu tun hat (vgl. Rilk a. a. O. S. 19). Die wirtschaftspolitische Begründung des RG., daß man auf die Ausländereigenschaft eines Konkurrenten hinweisen darf, ist für die Frage, ob man einen Wettbewerber als Juden bezeichnen darf, überhaupt nicht verwendbar. Umgekehrt sind deshalb auch die Angriffe im Schrifttum, die sich gegen die Dunlop-Multigraph-Entscheidung gewandt haben, keineswegs irgendwie brauchbar, um darzutun, daß es unlauter sei, im Wettbewerb einen Konkurrenten als Juden zu bezeichnen. Diese Frage ist von den Gegnern der bisherigen Rechtsprechung des RG. auch zumeist nicht berührt, sondern lediglich als Unterfall der Frage der Ausländereigenschaft behandelt worden (vgl. z. B. Braunmühl: AWR. 1936, 67).

Lediglich Culemann: JW. 1936, 1370 nimmt zu diesem Punkt näher Stellung. Er hebt insbesondere hervor, wie es auch das RG.: JW. 1936, 1368 zur Begründung mit angeführt hat, „daß der privaten Hand eine Erweiterung derjenigen Maßnahmen verboten ist, die Staat und Partei zur Beschränkung der wirtschaftlichen Betätigung von Nichtariern für geboten bisher erachtet haben".

Diese Begründung ist nicht stichhaltig. Die Tatsache, daß der Staat dem jüdischen Unternehmer erlaubt, an dem Wirtschaftsleben des deutschen Volkes teilzunehmen, hat nichts mit der Frage zu tun, wie sich die arischen Wirtschaftsunternehmer und die arischen Käufer zu dieser Teilnahme der Juden an dem Wirtschaftsleben stellen. Wollte man annehmen, daß in der Zulassung des Judentums zur deutschen Wirtschaft gleichzeitig eine Garantie läge, daß der jüdische Wettbewerber völlige tatsächliche Gleichberechtigung mit dem arischen Wettbewerber genießen solle, so müßten auch folgende Folgerungen daraus gezogen werden. Es müßte als unzulässig angesehen werden, daß die öffentliche Hand ihre Aufträge gerade nach dem Gesichtspunkt vergibt, ob der zu beauftragende Unternehmer arisch ist oder nicht. Es müßte ferner auch im Privatleben der Hinweis des einen Volksgenossen gegenüber dem anderen, daß er nicht mehr bei dem und dem Unternehmer kaufen solle, weil er jüdisch sei, unzulässig sein. Es zweifelt wohl niemand daran, daß ein derartiges Verhalten durchaus erlaubt und zulässig ist. Ist nun aber zweifellos der Hinweis im Privatleben auf den jüdischen Charakter eines Unternehmens nicht unlauter oder unanständig, so muß man sich fragen, ob durch die Tatsache allein, daß diese Erklärung im Wettbewerb abgegeben wird, zu folgern ist, daß sie unlauter und sittenwidrig sei. Es ist für die kaufenden Volksgenossen ganz allgemein von großer Bedeutung, daß sie sich darüber im klaren sind, ob ihr Kontrahent Jude ist oder nicht. Es ist richtig, daß ein amtlicher Kennzeichnungszwang für jüdische Unternehmen nicht vorliegt. Tatsächlich sucht sich aber das Wirtschaftsleben hier bereits selbst zu helfen. Einmal wird praktisch mehr und mehr eine allgemeine Kennzeichnung von Ladengeschäften dadurch erreicht, daß deren Inhaber sichtbar ein Schild anbringen, das ihre Zugehörigkeit zur Deutschen Arbeitsfront kundtut. Ferner wirkt sich das Verbot des Hissens der Reichs- und Nationalflagge für Juden (§ 4 des Gesetzes zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom 15. Sept. 1935) im Wirtschaftsleben praktisch dahin aus, daß es nach und nach bekannt wird, welche Unternehmen jüdisch sind und welche nicht. Im übrigen

verschafft ja oft der typisch jüdische Name eines Unternehmens die erforderliche Klarheit. Dieses Streben im Wirtschaftsverkehr zeigt, daß es ganz allgemein als notwendig anerkannt wird, daß man erkennen kann, ob ein Unternehmen jüdisch ist oder nicht. Die erforderliche Klarheit in dieser Hinsicht für die kaufende Wirtschaft und das kaufende Publikum wird nun im wesentlichen in den Fällen unmöglich gemacht, wo die jüdische Eigenschaft eines Unternehmens nach außenhin infolge der Firmenbezeichnung, eines arischen Vertreters usw. verborgen wird. Die Aufklärung in solchen Fällen wird meist nur dadurch zu erreichen sein, daß ein Wettbewerber, der auf Grund seiner Tätigkeit in demselben Wirtschaftsgebiet über das betreffende Unternehmen genauer unterrichtet ist, die Interessenten aufklären kann. Es ist nun nicht einzusehen, warum er bei dem Versuch, einen Käufer für seine Ware zu interessieren, nicht darauf hinweisen soll, daß sein Unternehmen arisch sei, während der Käufer, falls er mit dem und dem Wettbewerber abschließt, ein Geschäft mit einem Juden tätige. Der bloße Hinweis auf die Tatsache, daß der Verkaufskonkurrent jüdisch sei, stellt sich nicht als eine Herabsetzung der Person oder der Ware des Konkurrenten dar, sondern als ein aufklärender Hinweis, dessen die kaufende Wirtschaft bedarf. Mit einem solchen Hinweis trägt der Wettbewerber lediglich zu einer von der Allgemeinheit erstrebten Klarheit bei. Dieser Hinweis kann aus dem Grund nicht als unlauter angesehen werden, weil die deutsche Allgemeinheit ihn sucht und die Tatsache, ob ein Kontrahent jüdisch ist oder nicht, allgemein für einen Vertragsabschluß von Erheblichkeit hält. Die Rassenzugehörigkeit eines Unternehmers ist damit für die Wirtschaft von Bedeutung geworden und stellt sich als ein von der Gesamtheit der deutschen Volksgenossen als wesentlich angesehener Umstand hinsichtlich einer Ware oder Leistung dar. Man kann demnach nicht mehr davon sprechen, daß es sich um einen wirtschafts- oder wettbewerbsfremden Umstand handelt, wenn darauf hingewiesen wird, daß ein Wettbewerber jüdisch ist. Anders wäre der Hinweis z. B. auf die Religionszugehörigkeit eines Wettbewerbers zu beurteilen, weil es nach der allgemeinen Auffassung aller billig und anständig denkenden Deutschen bei der Tätigung eines Geschäfts nicht darauf ankommt, welcher Religion der betreffende Unternehmer angehört.

Das gleiche gilt für die Tatsache, daß ein Unternehmen ausländisch ist. Es ist zu berücksichtigen, daß allgemein bekannt ist, daß Deutschland ein Land ist, das notwendigerweise den Austausch pflegen muß. Die allgemeine Auffassung der anständigen Volksgenossen sieht deshalb gewöhnlich, falls nicht besondere Umstände vorliegen, in Geschäftsabschlüssen mit ausländischen Unternehmen keinen Verstoß gegen völkische Pflichten.

Die Rechtsprechung hat im Dritten Reich die im deutschen Volk herrschende Weltanschauung zu berücksichtigen. Nur dann wird wirkliches Recht gesprochen, wenn es mit der durch den Nationalsozialismus begründeten Anschauung übereinstimmt. Die wettbewerbsrechtlichen Entscheidungen müssen deshalb die Tatsachen zugrunde legen, daß das nationalsozialistische Deutschland einen Kauf bei Juden ablehnt, bei Ausländern dagegen nicht, soweit nicht im einzelnen Fall besondere Umstände hinzukommen.

Richtig ist es nun, daß der Wettbewerber, der darauf hinweist, daß ein Konkurrent jüdisch ist, dieses zumeist deswegen tut, weil er dadurch hofft, im einzelnen Fall durch die Erlangung des Auftrages einen wirtschaftlichen Erfolg zu erreichen. Diese Tatsache kann aber aus den oben genannten Gründen nicht als unlauter angesehen werden, weil er mit Recht für sich ins Treffen führt, daß der Verkehr allgemein danach trachtet, mit arischen Unternehmen in Beziehung zu treten und nicht mit jüdischen. Lediglich wird der Hinweis darauf, daß ein Konkurrent jüdisch ist, dann als unlauter anzusehen sein, wenn der Wettbewerber über den aufklärenden Hinweis hinaus dazu übergeht, den Interessenten unter einen besonderen Druck zu setzen, z. B. dadurch, daß er mit Anzeige an Partei- oder Staatsstellen droht oder in Aussicht stellt, über den Interessenten zu verbreiten, daß er mit jüdischen Unternehmen Beziehungen unterhält. Soweit er lediglich die Tatsache, daß ein Wettbewerber jüdisch ist, als solche anführt, befindet er sich in Übereinstimmung mit den Bedürfnissen und dem Streben der deutschen Allgemeinheit und des deutschen Wirtschaftsverkehrs. Ein solches Verhalten kann nicht als unlauter angesehen werden.

Sind private Versicherungsleistungen auf Haftpflichtansprüche anzurechnen?

Von Reichsgerichtsrat i. R. Witten, Leipzig

Nach der ständigen und bis in die neueste Zeit (RGZ. 153, 264 = JW. 1937, 1241 [9]) festgehaltenen Rechtsprechung des RG. ist in den Fällen der fahrlässigen Tötung oder Körperverletzung zwischen den gesetzlichen Bezügen der Verletzten oder ihrer Hinterbliebenen, namentlich der Beamtenpension, einerseits und den auf der Freigebigkeit Dritter oder auf Verträgen beruhenden Versorgungsbezügen anderseits zu unterscheiden. Die ersten mindern ohne weiteres den Schaden, die letzten sind auf die nach den §§ 833, 844 BGB. zu zahlenden Renten nicht anzurechnen. RA. Walter bekämpft JW. 1937, 846 f. diese Rechtsprechung, indem er etliche Entscheidungen, hauptsächlich des 6. ZivSen., kurz wiedergibt. Seine Ausführungen können nicht überzeugen.

Ist ein Schaden infolge Tötung oder Verletzung des Körpers eines Menschen einmal entstanden, so kann für die Frage der Anrechnung nachträglich gewährter Leistungen aus Verträgen, besonders aus Versicherungsverträgen, nur der rechtliche Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung herangezogen werden. Zunächst ist die Frage aufzuwerfen und, wie ich glaube, zu verneinen, ob es mit dem heutigen gesunden Volksempfinden überhaupt vereinbar ist, daß ein durch unerlaubte Handlung Verletzter oder die Hinterbliebenen eines Getöteten sich auf ihren Schaden Vermögenswerte anrechnen lassen sollen, die ihnen von Dritten ohne Mitwirkung des Ersatzpflichtigen gewährt werden. Der unmittelbare in der Körperverletzung oder in dem Verlust eines nahen Angehörigen bestehende Schaden, durch welchen die Geschädigten am härtesten betroffen werden, kann durch den Ersatz der entstehenden wirtschaftlichen Nachteile nicht behoben werden. Insofern ist der in §§ 842—845 BGB. verordnete Schadensersatz ein unvollkommener. Das kann nicht unberücksichtigt bleiben. Der sog. Schmerzensgeldanspruch aus § 847 BGB. soll zwar eine Ergänzung bilden, er gilt aber nicht für die zahlreichen Fälle der reinen Gefährdungshaftung, in denen ein Verschulden nicht nachgewiesen werden kann, und nicht für den schweren Fall der Tötung. Bei diesem Anspruch ist eine Vorteilsausgleichung begrifflich ausgeschlossen; denn ein Vermögensschaden, dem ein Vorteil gegenübertreten könnte, kommt nicht in Betracht. Ebensowenig läßt sich ein Vorteilsausgleich begründen in den Fällen des § 845 BGB., weil hier der Wert der entgehenden Dienste und nicht ein allgemeiner Schaden zu ersetzen ist.

Um den Schaden auf die unerlaubte Handlung zurückführen zu können, verlangt die Rechtsprechung einen adäquaten Zusammenhang; doch kann dieser Zusammenhang sich auch auf einen mittelbaren Schaden erstrecken (RGZ. 141, 169 = JW. 1933, 2118 [4]). Erlangt der Geschädigte einen Vorteil, so ist dieser auf den Schaden nur anzurechnen, wenn seine Entstehung in adäquatem Zusammenhang auf das schädigende Ereignis zurückzuführen ist; daran ist grundsätzlich festzuhalten (vgl. z. B. RGZ. 133, 221 [223] = JW. 1931, 2720 [30]; 1932, 43 [5]). Die Anwendung des Grundsatzes hängt von

den Umständen des einzelnen Falles ab, wie anderseits trotz adäquaten Zusammenhangs der Ausgleich eines Vorteils verneint werden kann. Wollte man aber einen Vorteil zum Ausgleich zulassen, der mit dem schädigenden Ereignis nur in loser äußerlicher Verbindung steht, so würde man mit ungleichem Maße messen und dem gesetzlichen Schadensersatzanspruch nicht gerecht werden. Zu beachten ist, daß der Schadensersatzanspruch gesetzlich begründet ist, während die Lehre über die Vorteilsausgleichung eine Schöpfung der Rechtsprechung ist, deren von vornherein wohl erwogene Grenzen nicht ohne weiteres erweitert werden dürfen. Bedenklich sind deshalb die Ausführungen von Dr. Baur: JW. 1937, 1463, welcher die Kausalität bis auf den Bedingungszusammenhang beseitigen will, ohne für andere Fälle etwas an die Stelle zu setzen, was die Rechtssicherheit auf diesem Gebiet verbürgt.

Für den Fall der fahrlässigen Tötung kommt namentlich eine Lebensversicherung auf den Todesfall in Betracht. Die Versicherungssumme gehört regelmäßig nicht zum Nachlaß, wenn ein Bezugsberechtigter benannt worden ist (§ 330 BGB.), im Zweifel auch dann nicht, wenn die Versicherung zugunsten der Erben geschlossen wurde (§ 167 VVG.). Erhält ein anderer als der Schadensersatzberechtigte die Versicherungssumme, so fehlt jeder Zusammenhang mit der fahrlässigen Tötung. Aber auch, wenn der Versicherungsbetrag in den Nachlaß fällt, beruht die Zahlung überwiegend auf dem Versicherungsvertrag und der Prämienzahlung und ist schon nach einer älteren Entscheidung nicht auf den Schaden anzurechnen (Warn. 1917 Nr. 266). Nicht anders ist es zu beurteilen, wenn jemand für den Fall, daß er infolge Unfalls erwerbsunfähig wird, einen Versicherungsvertrag geschlossen oder sich durch einen Dienstvertrag, also durch eigene Tätigkeit, eine Versorgung für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit erdient hat. Alle diese Fälle haben das Gemeinsame, daß der Verletzte auf Grund eines gegenseitigen Vertrages nach Maßgabe seiner Aufwendungen eine Zahlung erhält. Ein Vermögensvorteil liegt überhaupt nicht vor, auch nicht in Gestalt des Unterschiedes zwischen der Summe der geleisteten Prämien und dem Versicherungsbetrag. Die Gefahrenübernahme durch den Versicherer gehört zum Inhalt des Versicherungsvertrags und kann von ihm nicht losgelöst werden. Der Versicherungsnehmer erhält nicht mehr, als ihm für seine vertragsmäßigen Leistungen zukommt. Ganz fern liegt der Gedanke, daß die Vertragschließenden den Willen gehabt haben sollten, den von vornherein unbekannten Schädiger zu begünstigen. Beim Mangel eines Vermögensvorteils versagt der Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung. Selbst wenn der Verletzte durch die beiden Leistungen des Versicherers und des Schädigers im Einzelfall mehr erhält, als sein Schaden beträgt, so geschieht das doch nicht auf Kosten des Schädigers, der seine gesetzliche Ersatzpflicht erfüllt, sofern dieser nicht selbst eine Unfallversicherung abgeschlossen hat (RGZ. 152, 199 = JW. 1936, 2788[2]). Auf diesem Standpunkt steht auch Baur: JW. 1937, 1467, der selbst die Beamtenpension auf den Schaden nicht anrechnen will. Nicht entgegen steht das Urteil des 3. Senats des RG. v. 29. Juni 1934 (RGZ. 145, 56 = JW. 1934, 2543), das die nur hilfsweise Haftung des fahrlässig handelnden Beamten und des für ihn eintretenden Staates im Fall des § 839 Satz 2 BGB. betrifft.

Auch der zu erfordernde Zusammenhang zwischen dem Anspruch auf Leistung der Versicherungssumme und dem auf Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung ist nicht anzuerkennen, da sie sich durch den Entstehungsgrund und in aller Regel auch durch den Inhalt unterscheiden. Bei der rechtlichen Selbständigkeit beider Ansprüche genügt der kurze Berührungspunkt im Unfallereignis, nämlich das zeitliche Zusammenfallen der Entstehung des Schadensersatzanspruchs mit dem Eintritt des Versicherungsfalls, nicht, um eine enge Beziehung zwischen beiden Ansprüchen herzustellen. Fälle anderer Art, bei denen nicht eine gegen die Person gerichtete unerlaubte Handlung, sondern z. B. eine Vertragsverletzung die Grundlage der Schadensersatzpflicht bildet und der dem Berechtigten anfallende Vermögensgewinn einer anderen Beurteilung unterliegt, können nicht zum Vergleich herangezogen werden (vgl. die Zusammenstellung der einschlägigen Entsch. im RGRKomm. z. BGB., Bem. 5 vor § 249).

Kann sich hiernach der Schädiger auf die Leistungen Dritter, die auf Grund von Verträgen mit dem Verletzten erfolgen, nicht berufen, so ist doch der Gedanke nicht ganz unberechtigt, daß vom Standpunkte der Allgemeinheit eine Doppelentschädigung der Verletzten nicht geboten erscheint. Der Gesetzgeber hat dem Rechnung getragen durch § 1542 RVO., wonach die Schadensersatzansprüche gegen Dritte, wie dort näher geregelt, auf die öffentlichen Versicherungsträger kraft Gesetzes übergehen. Gleichartige Vorschriften, wenn auch beschränkten Inhalts, enthalten §§ 12 und 14 UnfFürsG. für Beamte und für Personen des Soldatenstandes v. 18. Juni 1901 (RGBl. 211). Auch hieraus ergibt sich, daß der, welcher eine Körperverletzung oder Tötung fahrlässig verschuldet, den vollen Schaden zu erstatten und nur teilweise an andere Berechtigte zu leisten hat. Das BGB. hat bei Unterhaltsansprüchen zwar keinen Rechtsübergang, wohl aber verordnet, daß bei mehreren Unterhaltsansprüchen kein Ausgleich stattfinden, sondern der Ersatzpflichtige den Schaden voll erstatten soll (§§ 843 Abs. 4, 844, 845 BGB.). Ob der Gedanke des Rechtsübergangs weiter auszudehnen ist, könnte bei der beabsichtigten Umgestaltung des bürgerlichen Rechts vielleicht erwogen werden.

Das Deutsche Beamtengesetz v. 26. Jan. 1937 bestimmt nunmehr in § 139, daß gesetzliche Schadensersatzansprüche von Beamten gegen Dritte auf den Dienstherrn übergehen, soweit dieser zur Gewährung oder Erhöhung von Versorgungsbezügen verpflichtet ist.

Die Beseitigung der relativen Rangverhältnisse mit Hilfe des Art. 31 der 7. DurchfVO. zum Schuldenregelungsgesetz

Von Amtsgerichtsrat Dr. Cordes, Leiter des Entschuldungsamtes Detmold

Die Absetzung der Grundbuchersuchen durch das Entschuldungsamt kann in den meisten Fällen nennenswerte Schwierigkeiten nicht mehr haben, nachdem die früher mehr oder weniger zweifelhafte Frage des Ranges der im Einzelfalle in Betracht kommenden Rechte geklärt ist. So bestehen z. B. darüber keine Zweifel mehr, daß die Entschuldungsrente keinen Rang hat (s. AME. Heft 207 S. 77 und KG.: AME. Heft 239 S. 112), daß die Zusatzhypotheken gleichen Rang mit dem Stammrechte im Grundbuch erhalten müssen (Art. 16 der 6. DurchfVO.) und daß die Zinsrückstandshypotheken hinter der Hauptforderung rangieren (s. hierzu AME. Heft 225, Gem. Richtl. Nr. 72). Auch die Einrangierung der Rechte innerhalb und außerhalb der Mündelsicherheitsgrenze kann keinen Bedenken mehr begegnen.

Es gibt aber immer noch eine nicht unerhebliche Anzahl von Fällen, in denen die sog. relativen Rangverhältnisse die Aufstellung der Pläne (bzw. Vergleichsvorschläge) und die Absetzung des Grundbuchersuchens sehr erschweren.

Der Entschuldungsrichter könnte sich die Lösung dieser schwierigen Aufgabe dadurch erleichtern, daß er der Entschuldungsstelle nahelegt, die relativen Rangverhältnisse unberücksichtigt zu lassen und lediglich die Aufnahme eines Vermerkes auf Bogen V des Planes (Vergleichsvorschlages) anheimgibt, etwa mit dem Wortlaut: „Zwischen den Hypotheken ... be-

steht ein relatives Rangverhältnis." Der Entschuldungsrichter könnte alsdann die Schwierigkeiten und Unklarheiten einfach dadurch umgehen, daß er die nötigen Vermerke über die Festschreibung der Rechte (mit Zinssatz und Tilgung) in Spalte „Veränderungen" im Grundbuche eintragen läßt. Dieses Verfahren widerspricht aber so sehr dem Bestreben des Gesetzgebers, ein für allemal Klarheit in die Grundbücher zu bringen, daß es m. E. mit der dem Entschuldungsrichter übertragenen Aufgabe einfach nicht in Einklang gebracht werden kann, die oft sehr verworrenen Eintragungen im Grundbuche nicht allein bestehen zu lassen, sondern auch noch neue Schwierigkeiten hinzuzufügen! Soweit der Entschuldungsrichter bei den landwirtschaftlichen Entschuldungsverfahren die Möglichkeit hat, das Grundbuch zu bereinigen, darf er sich dieser Aufgabe nicht entziehen! Grundsatz bleibt immer, das Grundbuch von aller Unklarheit und Unübersichtlichkeit für lange Zeit zu bereinigen, d. h. also alle Rechte abzulöschen und eine neue klare Rangfolge eintragen zu lassen. Dies gilt ganz besonders bei den relativen Rangverhältnissen.

Der Entschuldungsrichter könnte auch noch einen zweiten Weg wählen, nämlich bei dem Grundbuchrichter anregen, im Wege des Grundbuchbereinigungsverfahrens selbst zunächst Klarheit in die Rechtsverhältnisse zu bringen, um erst dann Plan bzw. Vergleichsvorschlag und Grundbuchersuchen abgehen zu lassen. Aber dieses Verfahren ist umständlich und erfordert viel Zeit (s. hierzu Maschner: AME. Heft 223 S. 69 zu II 2 und III). Der Grundbuchrichter ist mehr als der Entschuldungsrichter an die Einhaltung von Formvorschriften gebunden; das Verfahren ist nicht einfacher, sondern nur umständlicher durchzuführen (Ladungen, Termine, Aufstellung der neuen Rangordnung, sofortige Beschwerde). Schließlich haben Entschuldungsstelle und Entschuldungsrichter aus der Kenntnis der Fälle besseren Einblick in die wirtschaftlichen Interessen der Beteiligten, so daß man die Regelung der Rangverhältnisse auch aus diesem Grunde nicht dem Grundbuchrichter überlassen sollte.

Daß der Entschuldungsrichter rechtlich befugt ist, die Grundbuchbereinigung selbst vorzunehmen, dürfte m. E. nicht zweifelhaft sein. Wäre es anders, so würde der Gesetzgeber die vorherige Bereinigung der Grundbücher durch das Grundbuchamt als Regel aufgestellt haben. Statt dessen hat er im Art. 31 der 7. DurchfVO. dem Entschuldungsrichter weitgehende Vollmacht gegeben, durch den Rangordnungsbeschluß das Entschuldungsverfahren so zu gestalten, wie er es mit Rücksicht auf die wirtschaftlichen Verhältnisse und die Umstände des einzelnen Falles für richtig hält. In dieser Beziehung ist der Entschuldungsrichter nur seinem Gewissen und seiner eigenen Verantwortung unterworfen (KG.: AME. Heft 255 S. 80).

Welchen Sinn sollte aber der Rangordnungsbeschluß überhaupt haben, wenn er lediglich einen Berechnungsmodus im Entschuldungsverfahren darstellte, ohne gleichzeitig auch die Grundlage für das Grundbuch zu sein? Wie könnte der Entschuldungsrichter den Plan bzw. Vergleichsvorschlag mit der auf Bogen V aufgenommenen neuen Rangordnung bestätigen, wenn er später von seinem eigenen Beschluß abweichen und ihn nicht zur Grundlage seines im einzelnen spezifizierten Ersuchens machen wollte? Es gibt eben nur diesen einen Weg: Der Rangordnungsbeschluß nach Art. 31 der 7. DurchfVO. ist nicht nur Berechnungsfaktor, sondern er wirkt für die neuen Grundbuchverhältnisse konstitutiv (s. hierzu auch Schwalbe: AME. Heft 222 S. 73/74 und neuerdings LG. Hildesheim: AME. Heft 252 S. 151).

Allerdings ist die Frage bislang nur unter dem Gesichtspunkte erörtert worden, daß der Betrieb aus mehreren Grundstücken besteht. Mir ist nur ein Fall durch Veröffentlichung bekanntgeworden (s. die Entsch. des Entschuldungsamtes Dingolfing: AME. Heft 215 S. 80), in dem die Rangordnung beim Vorliegen von relativen Rangverhältnissen zur Grundlage des Grundbuchersuchens auch in dem Falle erhoben ist, daß nur ein Betriebsgrundstück vorhanden war. Die Zulässigkeit dieses Verfahrens ist im Grundgedanken des Art. 31 der 7. DurchfVO. begründet: Wenn das Gesetz dem Entschuldungsrichter die Berechtigung gibt, im einzelnen Falle die Rechte zu vereinigen oder zu teilen, auch die Grundstücke zu vereinigen oder aufzuteilen, m. a. W. alles zu tun, was zur endgültigen Festlegung der Rechte auf lange Jahre zweckdienlich erscheint, so muß er auch das Recht besitzen, die an einem Grundstücke bestehenden verworrenen Rechtsverhältnisse durch entsprechende Maßnahmen ein für allemal aus der Welt zu schaffen. Die Berechtigung hierzu kann man bereits aus dem Schlußsatz des Art. 31 Abs. 5 herleiten. Denn nachdem in den Abs. 1—4 Einzelbestimmungen getroffen sind, ist im ersten Satz des Abs. 5 bestimmt, daß die Entscheidungen durch Zwischenbeschluß zu erfolgen haben; im letzten Satze ist dem Entschuldungsrichter aber noch eine neue materiellrechtliche Befugnis gegeben: Er „kann gleichzeitig die Teilung oder Vereinigung einzelner Grundstücke oder Grundstücksteile im Grundbuche anordnen". Diese isoliert im Art. 31 stehende Befugnis kann im Vergleich mit den Bestimmungen der Abs. 1—4 nur dahin ausgelegt werden, daß die Befugnis auch dann vorhanden ist, wenn es sich bloß um ein Grundstück eines Betriebes handelt (s. hierzu Harmening-Pätzold, „Die landwirtschaftliche Schuldenregelung", 1936, S. 632 Note 94). Zu demselben Ergebnis kann man aber auch auf indirektem Wege kommen: Liegen z. B. zwei Grundstücke vor, die beide mit relativen Rangverhältnissen belastet sind oder auch nur eines von beiden, so dürften nach Maßgabe der Abs. 1—4 wohl keinerlei Bedenken bestehen, die Belastung nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten anders zu regeln. Es liegt kein innerer Grund vor, die Befugnis zu verneinen, wenn von vornherein nur ein Grundstück gegeben ist. Wenn der Gesetzgeber dem Entschuldungsrichter so weitgehende Befugnis beim Vorliegen mehrerer Grundstücke gibt, warum sollte er eine andere Stellung einnehmen bei den einfacher liegenden Fällen des Vorhandenseins nur eines Grundstückes? Schließlich ist die Beseitigung der Unklarheiten und die Herbeiführung klarer Rechtsverhältnisse ja gerade der Grundgedanke des ganzen Art. 31.

Ist das richtig, so bleibt aber immer noch die Frage offen, wie die relativen Rangverhältnisse beseitigt werden sollen. Das hängt ganz von den Umständen des einzelnen Falles ab; ein für alle Fälle gültiges Schema dafür aufzustellen, ist bei der Verschiedenartigkeit der Fälle unmöglich.

Verhältnismäßig einfach liegt der Fall bei der einfachen Vorrangseinräumung und dem Rangvorbehalt. Liegt der Fall so, wie ihn v. Rozycki-v. Hoewel und v. Arnswaldt (s. DJZ. 1935, 1487 und DJZ. 1936, 944) gewählt haben, so liegen m. E. keine Schwierigkeiten vor. Der Fall ist folgender:

Hypotheken:	A — 30000	RM
	B — 20000	RM
	C — 40000	RM
	D — 40000	RM
	E — 20000	RM.

Mündelsicherheitsgrenze: 100000 RM. C hat E den Vorrang eingeräumt. Der Entschuldungsrichter verfährt in diesem Falle nicht anders wie der Zwangsversteigerungsrichter. Er errechnet unter Austausch der Rechte des E mit denen des C, welche Rechte bis an die Grenze der Mündelsicherheit reichen, gleichzeitig darf er die Rechte des D nicht schmälern; D hat sich immer nur 90000 RM vorgehen zu lassen. Die übrigen Rechte sind nicht mündelsicher, also

A — 30000	RM
B — 20000	RM
E — 20000	RM
C^1 — 20000	RM
D — 40000	RM
C^2 — 20000	RM.

A, B, E und C^1 sind ganz mündelsicher; mündelsicher ist ferner noch der erstrangige Teil von D in Höhe von 10000 RM; dagegen sind nicht mündelsicher 30000 RM von D und C^2 in Höhe von 20000 RM.

D wird in seinem Rechte nicht berührt. Auch bei den übrigen von v. Arnswaldt gebildeten Fällen ergeben sich m. E. keine wesentlichen Schwierigkeiten.

Viel schwieriger sind die Fälle, bei denen die Rangverhältnisse entweder durch das AufwG. oder durch Unachtsamkeit oder Unkenntnis der Parteien bei der Eintragung der Rechte unklar und unübersichtlich geworden sind, z. B.

a) eine erststellige Vorkriegshypothek des A zu 100 000 ℳ ist im Februar 1923 mit dem Nennwerte zurückbezahlt und im Grundbuche gelöscht. An zweiter Stelle steht eine Vorkriegshypothek des B zu 60 000 ℳ, die nicht gelöscht ist. Sie ist mit 15 000 GM. im Grundbuche in Spalte Veränderungen aufgewertet. An dritter Stelle soll eine wertbeständige Hypothek des C zu 10 000 GM. folgen, die nach der Löschung des Rechtes des A im Januar 1924 eingetragen ist (sog. gutgläubige Goldmarkhypothek). Die Hypothek des A ist wieder aufgewertet und mit dem Aufwertungsbetrage von 24 900 GM. neu eingetragen.

(25 000 GM. abzüglich des zurückbezahlten, in Goldmark umgerechneten Markbetrages.) Hier ergeben sich Rangschwierigkeiten, die in der Zwangsversteigerung, wenn überhaupt, nur sehr schwer zu lösen sind. (Siehe hierzu die Kommentare zum AufwG. und die dort gebildeten Beispiele: Nadler, 2. Aufl. 1926, S. 39, 55 f., 72; Schlegelberger-Harmening, 4. Aufl. 1926, S. 28, 199/200; Quassowski, 3. Aufl. 1926, S. 93, 241, 250 f.; Lehmann-Boesebeck, 1925, zu § 6 Anm. 3, 5, 7, zu § 20 Anm. 3—6; Mügel, 1925, S. 224, 302 f.; ders., „Komm. z. DVO.", 1926, S. 227—231, 236 f., 252, 290—291; Reinhard, „Einfluß der neuen Gesetzgebung auf die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung", 1926, S. 42 f., 124 f., 147 f.)

Denn die Hypothek des B geht C vor, weil sie bei Begründung des Rechtes des C noch im Grundbuche stand; sie geht aber dem Aufwertungsbetrage des A im Range nach, kraft Bestimmung des AufwG.

A rangiert vor B, andererseits aber nach C, denn C kann sich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gegenüber der gelöschten Hypothek des A berufen.

C wiederum geht dem A vor, rangiert aber nach B. Keines der Rechte darf in der Zwangsversteigerung in das geringste Gebot aufgenommen werden, da, wenn irgendeiner der drei Gläubiger die Zwangsversteigerung betreibt, die übrigen die Aufnahme in das geringste Gebot nicht zu dulden brauchen!

Wie soll nun in dem Entschuldungsverfahren ohne Rücksicht auf die Lösung des Problems im etwaigen Zwangsversteigerungsverfahren dieses relative Rangverhältnis in Ordnung gebracht werden? M. E. muß man davon ausgehen, daß die drei Rechte die durch das AufwG. hervorgerufene Rangverschiebung **gemeinsam** zu tragen haben; hier liegt, um es so auszudrücken, eine Gläubiger-Interessengemeinschaft vor, die es berechtigt erscheinen läßt, das jedem in der Zwangsversteigerung durch die unbestimmte Höhe des Meistgebotes drohende Risiko des Ausfalles gleichmäßig zu verteilen. Es ist schon besser für den einzelnen Gläubiger, etwas zu verlieren, als in der Zwangsversteigerung ganz auszufallen! Der Entschuldungsrichter kann also so verfahren, daß er alle Rechte summiert und sie nach Maßgabe der Höhe der Einzelbeträge prozentual teils in die Mündelsicherheitsgrenze einrangiert, zum Teil außerhalb der Mündelsicherheitsgrenze bringt. Liegt z. B. nach durchgeführter Aufwertung der Fall so:

A = 12 000 GM.
B = 6 000 GM.
C = 3 000 GM.
} nach obigen Ausführungen alle mit gegenseitigem Vor- und Nachrange

und beträgt die Mündelsicherheitsgrenze 14 000 GM., so wären $^2/_3$ von A, B, C = 8000, 4000, 2000 GM., zus. 14 000 GM., mündelsicher; die Restbeträge von 4000, 2000, 1000 GM., zus. 7000 GM., nicht mündelsicher. So würde man diesen vereinfachten Fall in obigem Sinne lösen können und zweckmäßig alsdann die sowohl innerhalb als auch außerhalb der Mündelsicherheitsgrenze stehenden Rechte jeweils in **gleichen** Rang bringen. Soweit wenigstens das Entschuldungsverfahren in Betracht kommt, könnte der Entschuldungsrichter diese unglücklichen Rangverhältnisse mit Hilfe des Art. 31 der 7. DurchfVO. endgültig beseitigen, und er muß sie beseitigen, ohne die Lösung dem etwaigen Zwangsversteigerungsverfahren zu überlassen.

Nicht anders würde die Lösung sein, wenn der Fall dadurch kompliziert wird, daß die dem Eigentümer auf Grund des AufwG. zustehenden **Eigentümerrangvorbehalte** ausgenutzt sind, die zwar eine neue Nummer haben, aber zwischen den Einzelrechten rangieren, und in welche die gutgläubigen Goldmarkhypotheken eingerückt sind. An der Tatsache, daß sonst der Fall nicht gelöst werden kann und andererseits sowohl das gemeinsame Gläubigerinteresse als auch das Interesse des Staates eine praktische Lösung dringend erheischt, ist nicht vorbeizukommen.

b) Man nehme einen anderen Fall aus der Praxis: Die Eigentümerin A hat ihre Stätte an X, ihren Sohn, abgetreten. Bei der Übergabe hat sie sich durch Eintragung eines Altenteils gesichert. X muß Abfindungen ausbezahlen und nimmt öffentliche Kassen in Anspruch. Die Altenteilerin läßt für sich noch ein Darlehn (Restkaufgeld) zu ihrer Sicherung eintragen. Die Parteien achten aber nicht auf das Datum der Begründung ihrer Rechte, und so entsteht folgendes Bild:

Abt. II Altenteil der A eingetragen am 31. Okt. 1928	Abt. III	
	Nr. 1	Kasse B
	Nr. 2	Kasse B
	Nr. 3	Kasse C
	Nr. 4	Darlehn oder Restkaufgeld der A.

Die Rechte in Abt. III sind gleichfalls sämtlich am 31. Okt. 1928 eingetragen. Auch hier besteht relatives Rangverhältnis. Abt. II hat mit Abt. III gleichen Rang. Das Recht der Altenteilerin steht sowohl mit den Rechten des B und C als auch mit ihrem eigenen Rechte Abt. III Nr. 4 im gleichen Rang. Innerhalb der Abt. III ist aber die Reihenfolge maßgebend, da gleicher Rang innerhalb Abt. III nicht vereinbart ist, Nr. 4 rangiert also hinter 1, 2, 3.

Hier wird man sich unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit die Frage vorlegen müssen, ob man das Recht der Altenteilerin Abt. III Nr. 4 nicht den Rechten 1—3 im Range nachsetzen muß. Sicher ist anzunehmen, daß die Altenteilerin bzw. ihr Sohn das Kassengeld nicht erhalten hätte, wenn die A innerhalb der Abt. III gleichen Rang mit den Darlehen der Kassen gefordert hätte. Die Kassen haben wohl mit Rücksicht auf das Alter der Altenteilerin den gleichen Rang mit Abt. II in Kauf genommen, aber nicht den gleichen Rang mit Abt. III Nr. 4.

Ein praktisches Beispiel:

Beträgt der Kapitalwert des Altenteils 6000 *RM* und der Betrag der Rechte Abt. III

Nr. 1	6 000 GM.
Nr. 2	4 000 GM.
Nr. 3	2 000 GM.
zus.	12 000 GM.
und das Recht Nr. 4	1 000 GM.

die Mündelsicherheitsgrenze 12 000 GM., so könnten die Rechte Abt. II und Abt. III Nr. 1, 2, 3 im gleichen Range miteinander in die Mündelsicherheitsgrenze gebracht werden, und zwar mit $^2/_3$ ihrer Beträge; der Altenteil wäre dann so neu festzusetzen (Art. 21 der 3., 46 der 6., 42 der 7. DurchfVO. zum SchuldRegIG.), daß der Kapitalwert mit 4000 *RM* ausläuft. Das Recht Nr. 4 wäre nicht mehr mündelsicher.

Gegen dieses Verfahren kann aber der Gläubiger Abt. III Nr. 1 m. E. mit Recht den Einwand erheben, daß er — den Rechten Abt. III 2—4 vorgehend — auf alle Fälle Anspruch auf Einreihung in die Mündelsicherheitsgrenze in **vollem** Umfange habe. Im gewählten Falle macht die Summe der Rechte Abt. II und Abt. III Nr. 1 die Mündelsicherheitsgrenze aus. Man kann also auf der einen Seite das Recht Abt. III Nr. 1 (6000 GM.) **voll** in die Mündelsicherheitsgrenze bringen, muß dann aber unter angemessener Kürzung des Rechtes Abt. II diesem Recht gleichen Rang mit Abt. III Nr. 2 + 3 gewähren. So würde man unter Ausnutzung des durch die Neufestsetzung des Altenteils frei werdenden Be-

trages gleichrangige zweit- bzw. drittstellige Rechte innerhalb und außerhalb der Mündelsicherheitsgrenze erhalten. Das Recht Abt. III Nr. 4 fällt nicht mehr in die Mündelsicherheitsgrenze.

Es entsteht dann folgendes Bild:

an erster Rangstelle:

Abt. III Nr. 1 zu 6000 GM.

an zweiter Rangstelle, gleichrangig unter sich, bisher:

Abt. II	4000 *RM* (nach Neufestsetzung!)
Abt. III Nr. 2	4000 GM.
Abt. III Nr. 3	2000 GM.
zus.	10000 GM.;

nach der Einreihung in die Mündelsicherheitsgrenze (Verhältnis 10:6):

Abt. II	2400 *RM*
Abt. III Nr. 2	2400 GM.
Abt. III Nr. 3	1200 GM.
zus.	6000 GM. bzw. *RM*.

Nicht mündelsicher an

dritter Rangstelle, gleichrangig unter sich:

Abt. II	(Rest)	1600 *RM*
Abt. III Nr. 2	(Rest)	1600 GM.
Abt. III Nr. 3	(Rest)	800 GM.
	zus.	4000 GM. bzw. *RM*

an vierter Rangstelle:

Abt. III Nr. 4 zu 1000 GM.

Die Gesamtsumme der Neubelastung: 6000 + 6000 GM. (mündelsicher) + 4000 + 1000 GM. (nicht mündelsicher). 2000 *RM* sind durch die Neufestsetzung des Altenteils weggefallen.

Es könnte aber auch auf Grund des Art. 31[5] der 7. DurchfVO. eine Teilung des Grundstücks in Wohnhaus und Ländereien angeordnet werden. Der Altenteil wäre auf das Wohnhaus zu bringen. Wie dann die Hypotheken im einzelnen nach Maßgabe des Art. 31 Abs. 1—4 auf das Wohnhaus und die Ländereien verteilt werden, bleibt zweckmäßig der Entscheidung im Einzelfalle überlassen.

Solche Fälle relativer Rangverhältnisse lassen sich beliebig vermehren.

Die vorstehend aufgeführten nicht einmal besonders schwierigen Beispiele sollen auch nur einen Versuch der Lösung darstellen in Fällen, wie sie häufiger vorkommen.

In allen Fällen der Beseitigung der relativen Rangverhältnisse ist die Anhörung der Beteiligten vor Aufstellung des für das Grundbuchersuchen maßgeblichen Rangordnungsbeschlusses nicht nur zweckmäßig, sondern auch erforderlich. Denn der Rangordnungsbeschluß im Entschuldungsverfahren ist zwar ein vollständig selbständiges Rechtsgebilde, er ersetzt aber den Beschluß im Grundbuchbereinigungsverfahren. Da er als Zwischenbeschluß nach Abs. 5 des Art. 31 unanfechtbar ist, nimmt er den Beteiligten das Beschwerderecht, auch hat er im übrigen so einschneidende Bedeutung für alle Beteiligten, daß Rechts- und praktische wirtschaftliche Erwägungen eine vorherige Anhörung der Parteien bedingen. Das hat auch den großen Vorteil, daß in vielen Fällen doch eine Einigung zwischen den Parteien zu erzielen sein wird. Gelingt dem Entschuldungsrichter diese Einigung nicht, so muß er den Mut zu einer endgültigen Lösung aufbringen und, wie schon Reinhard für den Fall der Zwangsversteigerung sagte, den gordischen Knoten durchhauen.

Aus der Deutschen Rechtsfront

Partei, Recht und Politik

Wenn Reichsminister Dr. Frank, der Führer der deutschen Rechtswahrer, auf politischen Großkundgebungen überall im Reich zu den Volksgenossen spricht, so liegt darin eine tiefe Symbolik für den Wandel der Rechtsauffassung unserer Zeit überhaupt. Der Rechtswahrer ist nicht mehr nur ein Fachspezialist, nämlich Spezialist der juristischen Form und damit Gesetzestechniker, sondern er lebt im Volk, dessen Interessen, Nöte, Kämpfe und Erfolge auch dann unmittelbar die seinigen sind, wenn sie über den Rahmen des Fachlichen weit hinausreichen, etwa auf das Gebiet der gesamten Innenpolitik oder das der Außenpolitik. Der Rechtswahrer ist entsprechend der nationalsozialistischen Lehre seinem Volke nah, weil und soweit er Politiker ist. Dies ist die Krönung seiner Aufgabe, die der Nationalsozialismus so formuliert: „Dienst am Recht ist Dienst am Volk. Recht ist, was dem Volke nützt."

Es wäre vielleicht eine dankbare Aufgabe der besonderen wissenschaftlichen Untersuchung einer späteren Zeit, zu verfolgen, wie das Werden unseres nationalsozialistischen Rechts auf das engste verknüpft ist mit dem Aufbau des Reiches selbst. Eine herrliche Aufgabe, festzustellen, wie die Fundamente des Reiches aus der nationalsozialistischen Weltanschauung heraus gelegt wurden, wie die klaren und so einfachen Erkenntnisse des Führers schon in den kleinsten Anfängen der Bewegung eine neue Zeit für Deutschland und auch eine neue Zeitgeschichte überhaupt bestimmt haben. Auch der Bearbeiter eines solchen Themas wird in dem künftigen neuen Zeitgeist als Politiker stehen oder seiner Aufgabe nicht gewachsen sein. Ihm werden die politischen Großkundgebungen unserer Kampfzeit — in der wir Gegenwärtigen noch den Aufbau des Dritten Reiches erleben dürfen und unseren höchsten Stolz darin sehen, an welchem Platz wir auch immer stehen mögen, das Unsere zum Werk beizutragen — Marksteine sein. Eine spätere Generation wird es einmal für selbstverständlich ansehen, daß die Rechtswahrer und ihre Führung mitten in diesem Kampf standen und daß der erste Reichsrechtsführer des Dritten Reiches in politischen Großkundgebungen ein starkes Echo im deutschen Volk gefunden hat. Darin liegt auch der entscheidende Unterschied zwischen dem Juristen, mag er selbst ein Mann aufrichtiger deutscher Gesinnung gewesen sein, und dem Rechtswahrer, der sich heute zum politischen Kampftyp entwickelt und damit einer neuen ständischen Berufung ihren Sinn gibt. Dies zeigt sich deutlich bei den Großkundgebungen der Partei, auf welchen Reichsleiter Reichsminister Dr. Frank Hauptredner ist. Zwischen dem 25. und 28. Juni sprach Dr. Frank in Würzburg, Stettin und Stuttgart in drei Großkundgebungen der Partei und in Heringsdorf vor den pommerschen Erziehern. In diesen wenigen Tagen stand er vor aber Tausenden von Volksgenossen. Allein in Stuttgart hörten ihn mehr als 120000 Menschen in der Großkundgebung des Württembergischen Gautages.

Diese Tatsache ist ein entscheidender Beweis dafür, daß der Führer der nationalsozialistischen Rechtserneuerung ein wichtiger politischer Faktor ist und daß der Rechtswahrer den Weg zum Volk deshalb gefunden hat, weil er als Politiker im Volk steht. Es läßt sich daher nicht mehr unterscheiden (wie der Verlauf der politischen Kundgebungen gezeigt hat, auf denen der Reichsrechtsführer sprach), inwieweit seine Darlegungen „rechtlicher" oder „politischer" Art sind. Denn das Recht umfaßt den gesamten Lebensbereich der Nation.

Einige wenige Beispiele seien hier angeführt:

Reichsminister Dr. Frank wies in Würzburg darauf hin, daß wir eine Volksgemeinschaft geworden sind, die auf das engste miteinander verbunden ist: „Wenn wir immer

wieder in die Volksversammlungen kommen und dort spüren, wie sehr heute das deutsche Volk in seinem Fühlen, Hoffen und Glauben aufs tiefste mit dem Werk des Führers verbunden ist, so ist das ein Erlebnis, das in seinen Voraussetzungen, in seinem Inhalt und auch in seinen Wirkungen in der übrigen Welt leider noch nicht verstanden wird.“ Ein solches Wort spricht der Politiker ebenso wie der Reichsrechtsführer als Rechtswahrer es sagen kann. Wenn er sich andererseits über die Rechtserneuerungsarbeit im Dritten Reich äußert und darlegt, daß es allein die Substanzwerte des deutschen Volkes gewesen seien, die Ausgangspunkt und Leitlinie für diese Arbeit waren, so ist die Darlegung der nationalsozialistischen Rassen- und Blutschutzgesetzgebung, des Erbhofrechts und der Gesetze zum Schutze der nationalen Arbeit auch ein politisches Bekenntnis. Es handelt sich hier um die Grundsätze der NSDAP., und „an ihnen wird nicht gerüttelt, über das Programm der Partei wird nicht verhandelt, über unsere Ideen schließen wir mit niemandem in der Welt Kompromisse!“. Bei einer anderen Gelegenheit wählt Dr. Frank in diesem Zusammenhang dafür folgendes Beispiel: „Wenn man sagt, warum wir nicht dieses oder jenes Gesetz, insbesondere die Rassengesetze ändern, dann können wir nur erwidern, daß wir in diesen Rassegesetzen des Dritten Reiches das revolutionärste Element unseres Kampfes überhaupt sehen, und daß wir damit auch der Welt Vorbild sein werden.“

Wenn die Einigkeit aller deutschen Stämme eine unabdingbare Forderung der Partei von jeher war, so kann gerade auch der Reichsrechtsführer den Satz aussprechen: „Wo man früher von der Mainlinie sprach, da ist heute die Mainbrücke, über die sich die deutschen Stämme zu einer machtvollen Einheit zusammenfinden.“ Diese Feststellung trifft auch auf die Einheitlichkeit der Rechtswahrer zu, die aus unzähligen Gruppen und Verbänden kommend in einer einzigen Front der Diener am Recht ihre ganze Arbeit in den Dienst der Volksgemeinschaft in allen Gauen des Reiches und auf beiden Seiten der Mainbrücke gestellt haben.

Das Recht durchdringt alle politischen Bereiche vermöge seiner grundsätzlich gestaltenden Struktur. Die einzelnen Bereiche des politischen Gestaltungswillens lassen sich im Rahmen einer echten Volksführung nicht trennen, noch weniger aber läßt sich das gestaltende Moment des Rechts aus ihnen ohne Gefahr eliminieren. Denn selbst jeder politische Entschluß der nationalsozialistischen Volksführung stützt sich auf eine bestimmte Rechtsauffassung. So hat der allererste Satz, den Reichsminister Dr. Frank auf dem Generalappell der pommerschen Erzieher in Heringsdorf aussprach, einen tiefen Sinn: „Für uns Nationalsozialisten war es seit alters her Brauch geworden, daß wir neben die großen Gemeinschaftskundgebungen der Gesamtbewegung in steigendem Maße auch Kundgebungen sachlicher Art in das Programm der Bewegung einreihten. Dies allein zeigt schon, daß die Idee des Führers allmählich immer intensiver aus dem Bereich des rein politischen immer mehr in die Gesamtbereiche unseres nationalen Lebens sich einzuwurzeln beginnt.“

„Diese Idee des Führers verlangt aber“ — so führte Dr. Frank aus vor den 120000, die ihn auf der Adolf-Hitler-Kampfbahn in Stuttgart hörten — „eine einzige Willensbildung, nämlich die des Führers und seiner Bewegung. In Deutschland muß sich im Interesse des Ganzen alles dieser politischen Geschlossenheit beugen, oder es wird der Widerstand gebrochen werden.“

Ein Gesichtspunkt, der in der Außenpolitik ebenso wie in der Forschung und Praxis des internationalen Rechts zwei klare Fronten erkennen läßt und den Minister Frank hier auch anschneidet, ist die „Staatlichkeit“ des Bolschewismus: „Man kann uns mit der sogenannten Staatlichkeit des Bolschewismus nicht imponieren. Man kann uns mit noch so schönen Ratschlägen aus London, Paris oder Washington nicht klarmachen, daß diese Mörder von Moskau nun über Nacht Staatsmänner geworden wären. Es ist klar, daß wir niemals eine Kombination, die uns in eine Linie mit den Mördern von Moskau brächte, eingehen werden. Wir können und dürften das nicht, denn diese Bolschewisten sind ja auch die Mörder unserer eigenen Kameraden. Um so weniger könnten wir eine Kombination mit Moskau eingehen, als man ja heute in der breiten Welt überall das Vorgehen des Bolschewismus sieht.“ Reichsminister Frank erläutert dies am Beispiel Spanien und erklärt hinsichtlich der Ermordung der Matrosen der „Deutschland“: „Sie fielen im Abwehrkrieg gegen den Bolschewismus für die ganze europäische Kultur.“

An diesen Beispielen dürfte ersichtlich sein, daß im Volksstaat Adolf Hitlers das Recht denselben Weg geht wie die übrige Politik. Eines der wichtigsten Ziele ist dabei die Volksgemeinschaft, ein politisches wie rechtliches Ziel.

Die innenpolitische und rechtliche Einheit hat auf allen Gebieten Leistungen ermöglicht, die mangels einer Einheitlichkeit der Willensbildung und mangels eines großen Führertums in den sogenannten „freien“ Demokratien ganz undenkbar wären. Allerdings hat das deutsche Beispiel durch seine unerhörten Erfolge immer größere Bedeutung auch außerhalb des Reichs gefunden, ja, auf manchen Gebieten hat man im Ausland Deutschland zum Vorbild genommen. Besonders ist es die deutsche Gesetzgebung, der stärkstes Interesse entgegengebracht wird. Nur dadurch, daß Recht und Politik denselben Weg im deutschen Volksstaat gehen, sind die deutschen Leistungen der letzten vier Jahre und die Wirkung dieser Leistungen nach außen denkbar. Dies ist die Folge des unbeirrbaren Festhaltens an den nationalsozialistischen Erkenntnissen, eine politische Haltung, die dem Bedürfnis unserer Zeit entspricht. Daher geht auch der Rechtswahrer in das Volk und in die Versammlungen. Gerade auch dem Rechtswahrer geht es nicht mehr um Theorien, sondern um das schaffende Volk, nicht um die technische Form des Rechts allein, sondern um das Gedeihen der ganzen Nation. Der Rechtswahrergedanke wird im Volk heimisch, Volk und Volksrecht werden miteinander unauflöslich verbunden, wenn das Recht als politischer Faktor erkannt und über die politische Kundgebung Eingang im Volk findet und so zum geistigen Besitz der Nation wird.

Dr. Zeller, Berlin.

Internationaler Sachverständigenverband unter deutscher Führung

NSK. Das starke Interesse des Auslandes an der nationalsozialistischen Gestaltung des Rechts ist darauf zurückzuführen, daß der Nationalsozialismus die Bedeutung des Rechts für das Gedeihen der Nation richtig erkannt, die völkische Rechtserneuerung kräftig angepackt und in die richtige Form gebracht hat. Reichsleiter, Reichsminister Dr. Frank kann daher bei den verschiedenen Anlässen, besonders bei Großkundgebungen der Partei, immer wieder feststellen: „Es ist in Deutschland besser geworden!“ Die nationalsozialistischen Grundsätze haben das Reich aufgebaut, weil sie einfach und klar sind.

Im Ausland hat darüber hinaus auch der Gedanke des Rechtswahrers bereits Anerkennung gefunden, wie das Ergebnis des vor einigen Tagen abgeschlossenen 5. Internationalen Sachverständigenkongresses in Paris gezeigt hat. Dort hat die deutsche Abordnung einheitlich zum Ausdruck gebracht, daß jeder, der dem Recht dient, also in diesem Falle auch der Sachverständige als Gehilfe des Richters, Rechtswahrer ist und daher in Deutschland das Kriterium der Zugehörigkeit zur Deutschen Rechtsfront erfüllt. Der ehrliche Wunsch der auf dem Kongreß versammelten Vertreter aller Länder nach Gemeinschaftsarbeit, Weltfrieden und Eintracht unter den Völkern fand wohl auch in dem großen Verständnis seinen Ausdruck, mit dem sich die Kongreßteilnehmer der grundsätzlichen Auffassung der deutschen Abordnung anschlossen. So ist es nicht verwunderlich, daß auf Grund der Annahme der deutschen Leitsätze ohne jede Diskussion der Vorsitz des Internationalen Sachverständigenverbandes für die nächsten zwei Jahre dem Leiter der Reichsfachschaft für das Sachverständigenwesen in der Deutschen Rechtsfront, Römer, übertragen und als Tagungsort für den nächsten, den 6. Internationalen Sachverständigenkongreß im Jahre 1939, Berlin bestimmt wurde.

Schrifttum

„Deutsche Rechtskartei" („DRK."). Die Entscheidungssammlung in Karteiform. Herausgegeben von Dr. W. Vogels, MinR. im RJM., Mitglied der Akademie für Deutsches Recht, und Dr. Josef Bühler, OStA. und Leiter des Ministeramts des Reichsministers Dr. Frank, Mitglied der Akademie für Deutsches Recht. Verlag Deutscher Rechts-Verlag GmbH. und Verlag für Recht und Verwaltung C. A. Weller GmbH., Berlin. Preis monatlich 2,40 *RM* (zwei Lieferungen zu je zwölf Karten). Nachlieferung aller bisher erschienenen etwa 850 Karten mit rund 2500 Entscheidungen einschließlich Karteikasten 19,60 *RM*.

Grundlage der Besprechung sind die in der Zeit vom 1. April 1937 bis 1. Juni 1937 einschließlich erschienenen fünf Lieferungen von je zwölf Karten. Die Karten enthalten Auszüge aus Gerichtsentscheidungen unter Voranstellung eines Leitsatzes, ähnlich, wie es in dem Rechtsprechungsteil der „JW." üblich ist. Teilweise sind Anmerkungen oder Verweisungen hinzugefügt. Soweit die Entscheidungen bereits in einzelnen Zeitschriften veröffentlicht sind, sind meistens die Fundstellen angegeben. Die in den erwähnten fünf Lieferungen enthaltenen richterlichen Erkenntnisse sind nach folgenden Sachgebieten eingeteilt: BGB., Handelsrecht, Wirtschaftsrecht, Arbeitsrecht, Verkehrsrecht, Zivilprozeß, Zwangsvollstreckung, Strafrecht und strafrechtliche Nebengesetze. Zeitlich sind die Entscheidungen größtenteils innerhalb der letzten vier bis sechs Monate vor Abdruck verkündet worden, teilweise auch aus jüngerer Zeit.

Jede Lieferung enthält auf zwölf Karteikarten etwa 15—20 Entscheidungen, unter denen die des RG. in Zivilsachen überwiegen, während die Rechtsprechung der OLG. und LG. bisher nur wenig vertreten ist. Die Zahl der Entscheidungen des RArbG. und der LArbG. machen etwa 10% aus, noch geringer ist in den vorliegenden Lieferungen das Strafrecht vertreten. Hier wäre eine Erweiterung für die Zukunft wohl zweckmäßig.

Im Verhältnis zur Fachzeitschrift liegt die Besonderheit der DRK. in der Beschränkung der Zahl der zur Veröffentlichung gebrachten Entscheidungen. Während die Fachzeitschrift im Rechtsprechungsteil eine gewisse Vollständigkeit erstrebt, treffen die Herausgeber der Kartei mit ihren Mitarbeitern eine Auswahl der wichtigsten für die Entwicklung der Rechtsprechung bedeutsamen Entscheidungen, wobei beachtliche Anmerkungen und Verweisungen der Benutzung sehr dienlich sind. Durchaus praktisch ist auch das Stichwortverzeichnis und das alphabetische Sachverzeichnis, das nach der Ankündigung vierteljährlich ergänzt wird. D. S.

Achilles-Greiff: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Jugendwohlfahrtsgesetz. Mit Einleitung, Anmerkungen und Sachverzeichnis. 14., völlig neu bearb. Aufl. mit Erläuterungen der VO. über das Erbbaurecht und des Ges. über die religiöse Kindererziehung sowie von Teilen des BlutschutzG. und des EhegesundhG., herausgegeben von Josef Altstötter, RGR. in Leipzig, Dr. Joachim Greiff, LGR. in Görlitz, Dr. Joachim Kieckebusch, LGDir. in Marburg, Dr. Otto Strecker, SenPräs. am RG. i. R. in Leipzig. Berlin und Leipzig 1937. Verlag Walter de Gruyter & Co. (Guttentagsche Sammlung Deutscher Reichsgesetze Nr. 38/39). XXIV u. 1105 S. Preis geb. 18 *RM*.

Die jetzt vorliegende 14. Auflage des bewährten „Achilles-Greiff" bezeichnet sich zu Recht als völlig neu bearbeitete Auflage. Die Herausgeber haben im Interesse der Handlichkeit und der ebenfalls erreichten Preisherabsetzung den äußeren Umfang des Erläuterungsbuches erheblich verringert, ohne den Grundsatz der Reichhaltigkeit seines Inhaltes irgendwie aufzugeben. Dies erreichten sie dadurch, daß sie für jede Rechtsfrage nur eine maßgebende Entscheidung und nach Möglichkeit aus neuester Zeit anführen, sodann durch weitgehende und durchgreifende Anwendung von Wortkürzungen. Hierdurch wie durch den verwendeten Drucksatz ist es gelungen, eine gewaltige Fülle von Stoff zu verarbeiten, die sonst mehrere Bände erfordert hätte. Allerdings dürfte die Möglichkeit, auf diese Weise Raum zu gewinnen, nunmehr erschöpft sein.

Den neu gewonnenen Raum haben die Herausgeber für die zahlreichen sachlichen Neuerungen, Änderungen und Ergänzungen in hervorragender Weise verwandt. Vor allem haben sie es sich bei dieser Neubearbeitung angelegen sein lassen, der nationalsozialistischen Rechtsauffassung auch da, wo die Vorschriften des BGB. ihrem Wortlaut nach noch unverändert gelten, Rechnung zu tragen, wie es z. B. die Erläuterungen zu §§ 138, 157, 626 und die Vorbemerkungen zum Schuldrecht und Sachenrecht zeigen. Die zahlreichen neuen Gesetze und Entscheidungen, die die Anwendung und Auslegung des BGB. beeinflussen, sind durchweg verarbeitet (und zwar bis zum Stande von etwa Anfang Febr. 1937). Bereits in der Vorbemerkung zu § 1 BGB. wird auf die Bedeutung der Rasse für privatrechtliche Verhältnisse näher hingewiesen und vor §§ 1303 ff. die einschlägigen Teile des BlutschutzG. und des EhegesundhG. nebst ihren AusfVO. eingehend erläutert. Auf die wesentlichen Verschiedenheiten des Erbhofrechts vom Sachenrecht und Erbrecht des BGB. wird durchgängig aufmerksam gemacht. In der Einleitung bemerken die Verfasser: „Die Wechselbeziehungen zwischen diesem neuen Recht und dem des BGB. sind naturgemäß reich an Spannungen. Die inneren Gegensätze in einer Weise zu überwinden, die das gesunde Rechtsempfinden des Volkes befriedigt und den Bedürfnissen der Volksgemeinschaft genügt, erfordert neben gründlichem Wissen über das gewaltige Rechtswerk des BGB. die völlige Vertrautheit mit dem Gedankengut des Nationalsozialismus." Je mehr man sich in den Inhalt des neuen Achilles-Greiff hineinarbeitet, um so mehr wird man gewahr, daß die Verfasser bemüht gewesen sind, diese Erkenntnis zur Richtschnur ihrer Arbeit zu machen. Sie geben der täglichen Praxis zum BGB. ein Werk, mit dem sich sicher und gut arbeiten läßt, daß aber auch zugleich deutlich werden läßt, wie weitgreifend bereits das BGB. in den lebendigen Rechtsneubau des deutschen Volkes einbezogen ist.

Für die praktische Benutzung erscheint es empfehlenswert, neben der im Einzelfall gesuchten Einzelbestimmung auch die für den fraglichen Abschnitt in Betracht kommenden Vorbemerkungen nachzuschlagen. In diesen findet der Benutzer wohlgeordnet eine Fülle bedeutsamer Hinweise. Außerdem machen sie in vorbildlicher Klarheit und Kürze selbst den verflochtensten Aufbau gesetzlicher Bestimmungen verständlich. In der Vorbemerkung zum Titel „Gesellschaft" vermißt man allerdings einen Hinweis auf Kartell und Kartellrecht, obwohl die Gesellschaft des BGB. im Kartellrecht bekanntlich eine besonders wichtige Anwendung findet. Dankbar sei hervorgehoben, daß die Erläuterungen zum zwischenstaatlichen Privatrecht des EGBGB. ein besonders weitschichtiges Material in klarer Gliederung verarbeiten. Hier werden u. a. auch die wesentlichen Vorschriften der Haager Abkommen im Wortlaut mit abgedruckt. Schließlich ist es ein bekannter Vorzug des Achilles-Greiff, daß in gleicher Weise wie das BGB. das JugWohlfG. erläutert wird.

Die Benutzer wären sicher dankbar, wenn die sich findenden steuerrechtlichen Hinweise bei der nächsten Auflage vermehrt werden könnten. Erwünscht wäre wohl auch eine Vermehrung der Stichwörter im Sachverzeichnis, damit dieses den reichhaltigen Inhalt des Werkes noch besser erschließt.

RA. Dr. P. Bach, Freiburg (Br.).

Gold- und Valutaklausel in deutscher und niederländischer Gerichtspraxis. Von RA. u. Notar Dr. Sack, Berlin, und Assessor Dr. Joachim J. Meyer-Collings, Berlin. München u. Berlin 1937. C. H. Beck. VIII u. 336 S. Preis geb. 12 *RM*, brosch. 10 *RM*.

Das Werk hat sich die Aufgabe gestellt, dem Praktiker, auch dem ausländischen Juristen, eine Zusammenfassung sämtlicher einschlägiger Entscheidungen deutscher Gerichte, im wesentlichen seit 1930, zur Gold- und Valutaklausel vorzulegen. Diese Urteile sind (mit Fundstellen!) abgedruckt und in knapper, aber durchaus treffender Form erläutert. Schon dies wäre als eine wissenschaftliche Tat zu bezeichnen, nachdem durch manche Urteile und verschiedene ausländische Veröffentlichungen über die Goldklausel eine gewisse Unsicherheit erzeugt war, die auch durch das Gesetz v. 26. Juni 1936 über Fremdwährungsschuldverschreibungen nicht mit einem Schlage zu beseitigen war. Die Veröffentlichung geht aber weit über den Rahmen einer derartigen nützlichen Fallsammlung hinaus. Dies gilt schon für den währungsgeschichtlichen Unterbau. Vor allem aber ist hervorzuheben, daß die Heranziehung ausländischer Rechtsprechung und Gesetzgebung, wie wohl jede rechtsvergleichende Arbeit, dem Aufbau und der Durchführung des Werkes in hohem Maße zugute gekommen ist. Dies gilt zunächst für den sich mit dem sonst nur schwer zugänglichen niederländischen Recht beschäftigenden II. Teil, bei dem dankenswerterweise alle einschlägigen Gesetzesbestimmungen und Rechtsbegriffe übersetzt und erläutert werden. Dies gilt besonders für den Begriff der „Overmacht". Bemerkenswert sind die seerechtlichen Fälle (S. 273 ff.) und die überzeugend wirkende Kritik an der Ablehnung der Anwendung der deutschen Devisengesetzgebung durch das niederländische Gericht im Falle Osram (S. 282). Neben dem niederländischen Recht ist aber auch das sonstige internationale Recht nicht vernachlässigt. Sowohl Entscheidungen der Haager Cour wie der englischen und amerikanischen Gerichte sind berücksichtigt. Besondere Aufmerksamkeit verdient hier der Fall Protection of Bondholders Aktiengesellschaft, bei dem das S. 214 wiedergegebene Berufungsurteil durch das House of Lords als Revisionsgericht am 28. Jan. 1937, also nach Erscheinen des Buches, aufgehoben wurde, was bei der entgegenstehenden Entscheidung in Sachen Feist (JW. 1934, 255) völlig unerwartet war.

An Einzelheiten seien noch hervorgehoben die Darstellung der Behandlung der Goldmark im Grundbuchrecht unter besonderer Berücksichtigung der Bedürfnisse des Grundbuchrichters wie des Notars (S. 45 ff.) und die Ausführungen über die Auslegung der Begriffe payable und collectible bei in den USA. aufgelegten Anleihen (S. 172).

Das Dollarbondsgesetz ist eingehend gewürdigt (S. 188 ff.).

Das S. 133 ff. behandelte Urteil des OLG. Hamburg ist inzwischen durch Urteil des RG. v. 15. März 1937, IV 334/36 = JW. 1937, 1697[1] bestätigt.

Ausgezeichnete Register erleichtern die Benutzung des Buches, das eine hervorragende Leistung auf dem Sondergebiet der internationalen Abwertungsrechtsfragen darstellt.

RA. Dr. Domke, Berlin.

Dr. jur. Georg Krapf: Der Kontokorrentvertrag. Bleicherode 1936. Verlag Carl Nieft. 249 S. Preis kart. 6 *RM*.

Der Verf. hat sich die Aufgabe gestellt, die an den Kontokorrentvertrag anknüpfenden gewohnheitsrechtlich herausgebildeten Rechtssätze auf eine rechtlich einwandfreie Grundlage zurückzuführen, um dadurch nicht nur zu einer dogmatischen Vertiefung des Kontokorrentrechts, sondern zugleich zur Klärung einzelner Zweifelsfragen zu gelangen. Er geht dabei von der geschichtlichen Grundlage des Kontokorrentes als einer Erscheinungsform des Depositengeschäftes aus. Hierauf aufbauend begründet er das Wesen des Kontokorrentvertrages als Verrechnungsvertrag, der darauf hinzielt, die von dem Kontokorrent vertraglich erfaßten Leistungen und Gegenleistungen in Darlehnsforderungen gemäß § 607 Abs. 2 umzuwandeln und als solche in das Kontokorrent einzusetzen. Die durch die Umwandlung entstehenden Darlehnsforderungen werden durch die Einsetzung in das Kontokorrent zur Verrechnung gebracht. Durch die Verrechnung entsteht die durch den Kontokorrentvertrag bezweckte Vereinfachung, indem an Stelle der Vielzahl der einzelnen umgewandelten Forderungen nunmehr nur noch der jeweilige Saldo als einzige Endforderung tritt. Die kontokorrentmäßige Verrechnung erfolgt demgemäß nach Meinung des Verf. nicht periodisch mit dem Abschluß des Kontos, sondern mit der jeweiligen Inrechnungstellung eines Kredit- oder Debetpostens. Sie sei keine „aufgeschobene", sondern, wie schon der Name sage, eine „laufende" Verrechnung. Von diesem im einzelnen ausführlich begründeten Standpunkt aus nimmt der Verf. zu allen im Zusammenhang mit dem Kontokorrentvertrag auftauchenden Fragen Stellung. Der besondere Wert des Buches besteht weniger in der ausführlichen Heranziehung und Behandlung des vorhandenen Schrifttums — hier hätte der Verf. mit weniger mehr geben können, da das Buch dann leichter lesbar geworden wäre —, sondern darin, daß der Verf. bei allen auftauchenden Rechtsfragen die kaufmännische Praxis, die einschlägigen Geschäftsbedingungen der großen Banken, insbesondere die sich aus den Regeln über die kaufmännische Buchführung ergebenden Erkenntnisquellen in ausgiebiger Weise verwertet hat. Insofern hat sich wieder einmal die Verknüpfung von Rechtstatsachenforschung und Betriebswirtschaftslehre mit rein juristischer Betrachtungsweise als fruchtbar erwiesen.

RA. Dr. Ernst Boesebeck, Frankfurt a. M.

Merkblatt für gewerblichen Rechtsschutz (Patent-, Gebrauchsmuster-, Geschmacksmuster-, Warenzeichenschutz). Herausgegeben von der Industrie- und Handelskammer Krefeld. Preis 60 Pf. zuzüglich Versandkosten.

Es ist verdienstlich, daß eine Industrie- und Handelskammer für die von ihr betreuten Wirtschaftskreise in leichtverständlicher Form und klarer Gliederung grundrißartig einen Überblick über den gewerblichen Rechtsschutz des In- und Auslandes gibt. Es ist dabei auf Einzelheiten verzichtet worden; der Überblick gibt auch demjenigen, der selten gewerbliche Schutzrechte zur Anmeldung gebracht hat, einen klaren Einblick in die wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung derartiger Anmeldungen.

Bei dem gewerblichen Rechtsschutz im Ausland vermißt man die Sonderabkommen, die mit einzelnen Staaten geschlossen worden sind, die selbst bei der gewählten Kürze andeutungsweise hätten gebracht werden müssen. In diesem Teil wäre auch ein Hinweis auf die entstehenden Kosten zweckmäßig gewesen.

RA. Dr. Ristow, Berlin.

Zulassungs- und Prüfungsordnung für „Wirtschaftstreuhänder NSRB.". Erläutert von Dr. Udo-Horst Bychelberg. Berlin 1937. Deutscher Rechtsverlag. 57 S. Preis brosch. 2,40 *RM*.

Die Prüfungsordnung für „Wirtschaftstreuhänder NSRB." ist in doppelter Hinsicht bemerkenswert: einmal weil mit ihr der Versuch gemacht wird, die Verwirklichung eines von der Berufsführung geforderten Berufstypus durch klare Leistungsanforderungen zu erreichen (anstatt sich immer nur mit ideologischer Umschreibung zu begnügen), und zum anderen, weil es sich hierbei zugleich auch um den Versuch handelt, mit einem großen gewagten Schritt berufsständisches Gemeinschaftsrecht zu schaffen und durchzusetzen, das einer künftigen staatlichen Regelung den Weg bereiten soll.

In der Präambel der durch den Reichsrechtsführer, Reichsminister Dr. Hans Frank erlassenen Zulassungs- und Prüfungsordnung heißt es, daß für die deutschen Wirt-

schaftstreuhänder zur Erfüllung ihrer beruflichen Aufgaben eine strenge persönliche und fachliche Auslese erforderlich sei. Zur Durchführung dieser Berufsauslese sieht die am 1. März 1937 in Kraft gesetzte Zulassungs- und Prüfungsordnung vor, daß nur diejenigen Angehörigen des Wirtschaftstreuhänderberufes zur Führung der berufsständischen Bezeichnung „Wirtschaftstreuhänder NSRB." berechtigt sind, die sich der dort näher bestimmten Prüfung erfolgreich unterzogen haben oder als Wirtschaftsprüfer bzw. Beeidigte Bücherrevisoren die Gewähr bieten, den an den „Wirtschaftstreuhänder NSRB." gestellten Anforderungen zu entsprechen. Bei den Erwägungen über die Schaffung einer solchen neuen, klarbestimmten Berufsbezeichnung war maßgeblich, daß die verschiedenen bisher vorhandenen Berufsbezeichnungen innerhalb des Wirtschaftstreuhänderberufs — abgesehen von den gesetzlich geschützten — erfahrungsgemäß nicht ohne weiteres Gewähr boten für die unbedingte Zuverlässigkeit und das Leistungsvermögen ihrer Träger, während nunmehr bei allen Berufsangehörigen, die als „Wirtschaftstreuhänder NSRB." in Erscheinung treten, ein bestimmtes Niveau von vornherein erwartet werden darf.

Die vorliegende Veröffentlichung bringt zu dem Wortlaut der Zulassungs- und Prüfungsordnung eine Reihe von Erläuterungen, in denen berufsrechtliche, berufspolitische und organisatorische Fragen, die sich aus der neuen Ausleseeinrichtung ergeben, geklärt werden. Von besonderem Interesse für alle Wirtschaftstreuhänder dürften die Bestimmungen bzw. Erläuterungen zu den Fragen der Anwartschaft, Voraussetzungen für die Zulassung, Prüfungsverfahren und Prüfungsanforderungen, Gebühren sein. Ebenso für alle dem NSRB. bereits eingegliederten Wirtschaftstreuhänder die Übergangsbestimmungen mit den entsprechenden Erläuterungen.

Abschließend sei erwähnt, daß die Prüfung für alle dem NSRB. angeschlossenen Wirtschaftstreuhänder obligatorisch ist. So heißt es in den Erläuterungen auf S. 47: „es wird künftig nicht möglich sein, im NSRB. neben Berufsangehörigen, die die Prüfung als ‚Wirtschaftstreuhänder NSRB.' bestanden haben, Mitglieder zu führen, die diese Prüfung nicht abgelegt haben". Daraus ergibt sich ganz von selbst, daß jeder Wirtschaftstreuhänder sich eingehend mit der Zulassungs- und Prüfungsordnung befassen muß. Vielleicht ist es nicht mehr ein so weiter Weg bis zu der erwarteten staatlichen Regelung.

Diplomvolkswirt Hans Leitner, Berlin.

Dr. Ludwig Lechner, RA. in München, Mitglied der Akademie für deutsches Recht: Kraftfahrzeuggesetzgebung nebst Reichsstraßenverkehrsordnung mit kurzen Erläuterungen. 4. neubearb. Aufl. München und Berlin 1937. C. H. Becksche Verlagsbuchhandlung. 266 S. und 22 Tafeln. Preis geb. 4,50 *RM*.

Das Buch bringt in bekannter, handlicher Taschenausgabe KraftfG. und RStraßVerkO., die AusfAnw., dazu EinfVO., Gesetze und DurchfVO. über die Beförderung von Personen zu Lande, über den Güterfernverkehr, internationales Abkommen über Kraftfahrzeugverkehr und VO. dazu, Gesetz über die Reichsautobahn und vorläufige Betriebs- und Verkehrsordnung für die Autobahnen, dazu in einem Anhang VO. über die Ausbildung von Kraftfahrzeugführern, die Anerkennung von Sachverständigen, gegen den unbefugten Gebrauch von Kraftfahrzeugen und Fahrrädern, Richtlinien für die Durchführung von Verkehrskontrolle und GebO. für den Kraftfahrzeugverkehr und für den Gelegenheitsverkehr.

Die normalerweise für das Gebiet des Verkehrs notwendigen Gesetze und Verordnungen sind also in diesem sehr handlichen Büchlein vereinigt.

Daß eine Taschenausgabe mit kurzen Erläuterungen sehr erwünscht ist, kann auch nicht zweifelhaft sein.

Die Anordnung von Gesetz bzw. VerkO., AusfAnw. und Erläuterungen ist durch verschiedenartigen Druck sehr übersichtlich gestaltet. Die Erläuterungen geben den heutigen Stand der Rechtsprechung im allgemeinen wieder, sind aber von verschiedenartiger Ausführlichkeit für Vorschriften mindestens gleicher Bedeutung. So sind die Ausführungen zu §§ 1, 2, 7, 10 KraftfG. sehr ausführlich gehalten, zu §§ 4 und 17 jedenfalls unzulänglich. Auffallend ist, daß zum KraftfG. trotz des Bestehens neuerer Urteile hauptsächlich ältere zitiert werden, die zum großen Teil aus der Zeit vor 1930 liegen. Es wäre doch wohl richtiger gewesen, gerade bei einer solchen Handausgabe, die natürlich nicht die Entwicklung einer Rechtsprechung, sondern nur ihren derzeitigen Stand aufzeigen kann, nach Möglichkeit neueste Entscheidungen zu bringen. Gerade für den Begriff „unabwendbares Ereignis" (S. 20 Anm. 9) oder Anforderungen an den Entlastungsbeweis hätte die neuere Rechtsprechung (vgl. VAE. 1936, 571, 575, 583, 592) herangezogen werden müssen.

Bei § 4 wäre ein Hinweis auf die strengen Anforderungen des PrOVG. an die Zuverlässigkeit des Fahrers geboten gewesen (einmalige Trunkenheit ausreichend für Entziehung der Fahrerlaubnis: VAE. 1936, 120 und JW. 1936, 1403[58]). Der Hinweis in Anm. 2 ist gerade bei dieser wichtigen Bestimmung auch für eine Taschenausgabe zu dürftig, wenn nicht irreführend. Bei § 7 wäre bei den recht ausführlichen Hinweisen ein Zusatz erwünscht gewesen, daß alles, was nicht aufgeklärt ist, zu Lasten des Halters als der beweispflichtigen Partei geht (vgl. meine Übersicht 1936 Nr. 293 und RG.: DAutoR. 1936, 152).

Bei § 10 durfte ein Hinweis (in Anm. 4) darauf nicht fehlen, daß nach Auffassung des RG. ein Vermögensschaden schon vorliegt, wenn die Vermehrung der Bedürfnisse eingetreten ist, nicht erst wenn sie befriedigt sind, und daß der Schaden durch den späteren Wegfall der Bedürfnisse nicht wieder beseitigt wird (RGZ. 151, 298 = JW. 1936, 2976[2]). Auch die Entscheidung JW. 1936, 1667[7] hätte einer Erwähnung bedurft. Bei § 12 vermißt man den Hinweis auf das Urteil RGZ. 150, 73 = JW. 1936, 1362[2], bei § 13 die Erwähnung des Urteils JW. 1936, 2403[17].

Bei § 17 KraftfG. durfte der Hinweis nicht fehlen, daß diese Vorschrift die Anwendbarkeit der §§ 9 und 254 BGB. ausschließt (JW. 1936, 2792[6] u. a.).

Zur RStraßVerkO. überwiegen die Entscheidungen aus 1935. Bei § 25 wäre der Hinweis vonnöten gewesen, daß entgegen der Auffassung des Verfassers auch die meisten OLG. (nicht nur das RG.) der Auffassung sind, daß § 25 selbständige Strafrechtsnorm ist. Ob der Standpunkt des RG. zur Frage der selbständigen Strafbarkeit der Verstöße gegen die AusfAnw. zu § 25 RStraßVerkO. dem „Sinne am besten gerecht wird und den Widerstreit der Auffassungen klärt" (Anm. 9), ist mir doch sehr zweifelhaft. Das Urteil OLG. München v. 15. Dez. 1936 = DAutoR. 1937, 53 scheint für das Gegenteil zu sprechen. Zur Frage, ob der Geradeausfahrende vor dem Abbiegenden Vorfahrtrecht beanspruchen kann, hätte der Verf. für seine richtige, verneinende Auffassung noch Dresden: HöchstRRspr. 1936, 1697 und KG.: VAE. 1936, 594 erwähnen können. Bei § 32 wäre zur Frage des Vorrechts der Postfahrzeuge immerhin auf eine Reihe abweichender Urteile kurz zu verweisen gewesen.

Für den ständigen Leser der JW. hat das Buch noch den Nachteil, daß die im DAutoR. oder RKraftf. abgedruckten Entscheidungen ausschließlich nach diesen Zeitschriften angeführt sind, nur hilfsweise ist auf die JW. Bezug genommen. Dabei fällt auf, daß im ersten Teil vorwiegend nach dem DAutoR., im zweiten überwiegend nach dem RKraftf. zitiert wird.

Ich halte schon den Wechsel der Zitierweise innerhalb dieses Buches nicht für sehr erwünscht, glaube aber auch, daß die Brauchbarkeit des Buches durch eine Zitierung der Entscheidungen aus einer möglichst weitverbreiteten Zeitschrift erhöht werden könnte.

Zusammenfassend ist zu bemerken, daß das Buch zwar eine schnelle Information über die wichtigsten Grundsätze ermöglicht, aber über den heutigen Stand der Rechtsprechung doch nicht so zuverlässig unterrichtet, wie es auch bei einer kleinen Handausgabe möglich und notwendig wäre.

RA. H. Carl, Düsseldorf.

Rechtsprechung

Nachdruck der Entscheidungen nur auszugsweise und mit genauer Quellenangabe gestattet

[** Abdruck in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts. — † Anmerkung.]

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

1. RG. — §§ 1, 3 UnlWG. Die Werbebehauptung, der Käufer der Ware unterstütze deutsche Arbeiter und Angestellte, ist unzulässig, wenn das werbungstreibende Unternehmen nicht deutsch ist und gleiches von einem großen Teile seiner Arbeiter und Angestellten oder hinsichtlich deren prozentualen Beteiligung am Gesamtlohn, den das Unternehmen zahlt, der Fall ist. Im Wettbewerbe ist der Hinweis auf die deutsche Herkunft der Ware zulässig.

Das BG. gibt zu, daß die Werbebehauptung: „Wer A.-Präparate kauft, unterstützt deutsche Arbeiter und Angestellte" dem *Wortlaute* nach zutreffen möge, da die Kl. neben Ausländern auch deutsche Arbeiter und Angestellte beschäftige. Auf den Wortlaut kommt es aber nach der weiteren Ausführung des BG. ebensowenig an wie darauf, in welchem Verhältnis die Zahl der beschäftigten Ausländer zu der der deutschen Arbeiter und Angestellten stehe, wie sich das Gesamteinkommen dieser Gruppen zueinander verhalte und in welcher Weise sie beschäftigt seien; diese Umstände ließen eine sichere Grenzziehung nicht zu.

1. Die beanstandete Reklame der Kl. besage nicht nur, daß es sich bei ihrer Ware um deutsche Erzeugnisse handle. Gerade in der heutigen Zeit, in der jüdische und ausländische Unternehmen von breiten Volksschichten zugunsten der arischen und einheimischen Geschäfte gemieden würden und diese sich befleißigten, diesen ihren Charakter dem Publikum zur Kenntnis zu bringen, müsse die hier strittige Form der Reklame in den *Käuferkreisen*, auf die es ankomme, den Eindruck erwecken, daß es sich bei der Kl. um ein deutsches Unternehmen handle; denn die *interessierten Käuferkreise* bezögen das Wort „deutsche" nicht lediglich auf die Arbeiter und Angestellten, sondern zugleich auf das die Reklame machende *Unternehmen* selbst. Tatsächlich sei aber die Bezeichnung des Unternehmens als „deutsch", die den Anschein eines besonders günstigen Angebots i. S. des § 3 UnlWG. erwecke, unzutreffend.

2. Die Werbebehauptung erwähne nicht die eigene gewerbliche Leistung der Kl., sondern mache sich lediglich das Bestreben weiter Kreise, nach Möglichkeit die deutsche Wirtschaft zu unterstützen, zunutze, indem sie darauf hinweise, daß durch den Kauf der Präparate der Kl. deutschen Volksgenossen Arbeit und Brot gegeben werde. Mit einem lauteren Wettbewerb sei es aber nicht zu vereinbaren.

Der Rev. ist darin beizustimmen, daß der zweite dieser Gründe jedenfalls nicht geeignet ist, die Entsch. zu rechtfertigen. Der Senat hat erst in RGZ. 147, 6 = JW. 1935, 1651[1] hervorgehoben, daß es keinen Bedenken unterliege, wenn der Gewerbetreibende in seinen geschäftlichen Werbeanzeigen unter den Vorzügen der eigenen Ware auch die der deutschen Herkunft betone. Das Anrufen des deutschen Zusammengehörigkeitsgefühls im Rahmen geschäftlicher Werbung kann keinesfalls schlechthin für sittenwidrig erachtet werden. Angerufen werden hierbei gerade nur sittliche und vom Standpunkt des deutschen Nationalbewußtseins billigenswerte Gefühle; und wenn der Kaufmann sich diese Gefühle zunutze macht, so kann ihm daraus kein Vorwurf gemacht werden, sofern er sich nur in angemessenen Grenzen hält. Aber auch die Annahme des BG., daß der wettbewerbliche Hinweis auf den Nutzen, der deutschen Volksgenossen aus dem Kauf der angepriesenen Ware erwächst, deshalb sittenwidrig sei, weil er nicht die eigene gewerbliche Leistung zum Gegenstande habe, ist nicht gerechtfertigt. Hierbei ist zunächst nicht ganz klar, was das BG. unter der eigenen gewerblichen Leistung versteht, ob damit nur die angepriesene Ware als solche oder die gewerbliche Betätigung des Unternehmers gemeint ist. Im letzten Falle wäre die Annahme des BG., daß die Reklame der Kl. mit deren gewerblicher Leistung nichts zu tun habe, nicht einmal zutreffend; denn es gehört zu den gewerblichen Leistungen in diesem Sinne, daß der Unternehmer seinen Arbeitern und Angestellten Löhne zahlt, und hierbei kann es von Bedeutung für das kaufende Publikum sein, wem diese Löhne zugute kommen. Im ersten Falle dagegen würde die Reklame durch das Verlangen, daß sie nur auf die vertriebene Ware Bezug haben müsse, in ganz unberechtigter Weise eingeengt werden. Niemand wird es z. B., sofern nicht etwa die Umstände des einzelnen Falles eine andere Beurteilung rechtfertigen, als sittenwidrig empfinden, wenn ein Unternehmen in seinen wettbewerblichen Veröffentlichungen sich rühmt, daß es für seine Arbeiter und Angestellten besonders vorteilhafte soziale Einrichtungen getroffen habe, obwohl auch dies mit der von dem Unternehmen vertriebenen Ware nichts zu tun hat.

Jedoch ist der erste Grund des BG. rechtlich nicht zu beanstanden. Es stellt tatsächlich fest, durch die strittige Werbebehauptung der Kl. werde in den maßgeblichen Käuferkreisen der Eindruck erweckt, als ob es sich bei der Kl. um ein *deutsches Unternehmen* handele. Die Rev. greift diese Feststellung mit der Begründung an, daß das Wort „deutsch" hier ersichtlich nur in bezug auf Arbeiter und Angestellte gebraucht werde. Dies hat das BG. aber auch nicht verkannt; es berücksichtigt hierbei lediglich die Unaufmerksamkeit und Oberflächlichkeit, mit der der Durchschnitt der Leser solche Werbebehauptungen in sich aufzunehmen pflegt. Seine Annahme begründet es gerade damit, daß breite Volksschichten heutzutage jüdische und ausländische Unternehmen zugunsten der arischen und einheimischen Geschäfte mieden und daß deshalb diese sich befleißigten, diesen ihren Charakter dem Publikum zur Kenntnis zu bringen; hieraus will es offenbar folgern, daß das Durchschnittspublikum bei einer Reklame, in der das Wort „deutsch" vorkomme, in erster Linie annehme, damit solle das *Unternehmen* als ein *deutsches* angepriesen werden, und daß es dann, wenn nicht ausdrücklich das Gegenteil betont werde, durch den genaueren Wortlaut von dieser Annahme nicht abkomme. Eine solche Möglichkeit läßt sich nicht ohne weiteres von der Hand weisen. Geht man aber hiervon aus, dann ist die Werbebehauptung in der Tat unrichtig, da es sich bei der Kl. nicht um ein deutsches Unternehmen handelt. Daraus folgt, daß ihr aus den gleichen Gründen, die zum Verbot der Werbebehauptung der Kl., sie sei ein deutsches Unternehmen, geführt haben, auch der Hinweis auf ihre deutschen Arbeiter und Angestellten zu untersagen ist, sofern sie wenigstens nicht gleichzeitig ausdrücklich hervorhebt, daß sie kein deutsches Unternehmen sei. Letzteres kommt für sie aber schwerlich in Betracht, da sie sich ja gerade bisher — wenn auch zu Unrecht — als deutsches Unternehmen bezeichnet hatte. Deshalb besteht auch kein Anlaß zu einer Einschränkung der Entsch. in dieser Richtung, zumal da die Kl. selbst nicht wenigstens hilfsweise eine solche Einschränkung beantragt hat.

Wenn auch maßgebend für die Entsch. nur die soeben behandelten Erwägungen sind, die sich stützen auf die Feststellung des BG. über die *Auffassung der Käuferkreise von dem Sinn der beanstandeten Werbebehauptung*, so soll doch nicht unerwähnt bleiben, daß auch nach

ihrem wirklichen Sinn, d. h. hier dem Sinn bei verständiger Auslegung nach den Auslegungsgrundsätzen diese Behauptung nicht als richtig angesehen werden kann, wobei nur die eigenen tatsächlichen Angaben der Kl. zugrunde gelegt werden sollen. Diese hat nämlich vorgetragen, daß von ihren 48 Angestellten 4 nicht die deutsche Reichsangehörigkeit besäßen, und daß das Einkommen dieser 4 Ausländer sich auf etwa 12% der Löhne der übrigen Angestellten belaufe. Früher hatte die Kl. noch drei andere Angestellte als Ausländer bezeichnet; dazu hatte sie ausgeführt, daß sie diese Personen wegen ihrer besonderen Vorbildung nicht entbehren könne. Allerdings sind diese drei Angestellten nach den neueren Angaben der Kl. anscheinend nicht mehr bei ihr tätig; dagegen beschäftigt sie nach wie vor die oben an erster Stelle genannten 4 Ausländer unter ihren 48 Angestellten. Ist hiernach schon der Hundertsatz der von ihr beschäftigten Ausländer kein ganz geringer, während nach dem hier behandelten wirklichen Sinn der beanstandeten Angabe ihre Angestellten und Arbeiter in ihrer Gesamtheit oder doch nur mit ganz verschwindenden Ausnahmen Deutsche sind, so kommt hier noch erschwerend hinzu, daß die 4 Ausländer von der Kl. keineswegs nur vorübergehend beschäftigt werden, und daß auf sie der nicht unerhebliche Anteil von 12% der Löhne der übrigen Angestellten, also der Deutschen, entfällt.

Da die beanstandete Werbebehauptung geeignet ist, den Anschein eines besonderen günstigen Angebots hervorzurufen, sind hiermit alle Voraussetzungen für die Anwendung des § 3 UnlWG. erfüllt.

(RG., II. ZivSen., U. v. 23. April 1937, II 187/36.) [K.]

*

2. RG. — §§ 3, 13 UnlWG. Ein Unternehmen (GmbH.), dessen sämtliche Geschäftsanteile sich in ausländischem Besitz befinden und dessen zwar deutscher Leiter an die Weisungen der ausländischen Geschäftsanteilsinhaber gebunden ist, ist nur als deutsches Unternehmen getarnt; es verdient nicht die Bezeichnung „deutsches Unternehmen".

Die Unterstellung eines Unternehmens unter jüdischen Einfluß kann zur Folge haben, daß die Bezeichnung seiner Erzeugnisse als rein deutsch irreführend ist.

Die Parteien befassen sich mit der Herstellung und dem Vertrieb von kosmetischen Erzeugnissen. Sie machen sich gegenseitig den Vorwurf wettbewerbswidrigen Verhaltens und verfolgen mit Klage und Widerklage zahlreiche Ansprüche auf Unterlassung und Schadenersatz.

Zur Widerklage: Die Bekl. behauptet, von der Kl. Dritten gegenüber der Wahrheit zuwider als jüdisches Unternehmen bezeichnet worden zu sein. Die Kl. gibt zu, davon gesprochen zu haben, daß der alleinige Inhaber der Geschäftsanteile und Geschäftsführer der Bekl., Dr. N., jüdischer Abstammung sei, will aber solche Äußerungen nur dann getan haben, wenn ihr mitgeteilt worden sei, daß die Bekl. sie als jüdisches Unternehmen hingestellt habe.

Die Bekl. bestreitet der Kl. das Recht, sich bei ihrer Werbung als deutsches Unternehmen zu bezeichnen, da sich ihr Stammkapital ausschließlich in ausländischem Besitz befinde, die Geschäftsführung in Händen von Ausländern liege und auch ein Teil der Angestellten Ausländer seien. Die Kl. nimmt in Anspruch, sich als deutsches Unternehmen bezeichnen zu dürfen. Wenn sich auch ihre Geschäftsanteile im Auslande befänden, so sei doch ihre Geschäftsführerin, Fräulein K., eine Deutsche. Auch ihre 48 Köpfe starke Belegschaft bestehe bis auf 2 Reisevertreter und 2 Damen aus deutschen Reichsangehörigen.

Die Bekl. will festgestellt haben, daß sie ihre Erzeugnisse als rein deutsche anpreisen dürfe.

Gegen die Entsch. des BG. wendet sich die Rev. insofern, als es in Übereinstimmung mit dem LG. der Kl. die Behauptung untersagt, daß die Bekl. ein jüdisches Unternehmen sei. Sie macht geltend, daß ein wahrheitsgemäßer Hinweis auf den jüdischen Charakter eines fremden Unternehmens ebenso zulässig sein müsse, wie die von der Rspr., insbes. auch des erk. Sen., für statthaft erachtete Hervorhebung der Ausländereigenschaft eines Mitbewerbers, und bittet um Nachprüfung der nach ihrer Meinung einen entgegengesetzten Standpunkt vertretenden Entsch. (RGZ. 150, 298, 307 = JW. 1936, 1366[11] m. Anm.). Dort war ausgeführt worden, daß es im allgemeinen nicht zulässig sei, zur Förderung des eigenen Geschäfts auf Verhältnisse oder Eigenschaften eines Mitbewerbers hinzuweisen, die mit dem Gegenstande des Wettbewerbs nichts zu tun haben, aber geeignet sind, den Mitbewerber in Mißkredit zu bringen und in seiner geschäftlichen Betätigung zu beeinträchtigen. Es war als Verstoß gegen die guten Sitten des Wettbewerbs i. S. des § 1 UnlWG. bezeichnet worden, wenn in die Abwägung der zur Vergleichung stehenden beiderseitigen gewerblichen Leistungen ein Umstand einbezogen wird, der mit der Bewertung dieser Leistungen auf dem in Frage stehenden Gebiet nichts zu tun hat, sondern nur zu dem Zwecke erwähnt wird, um zur Förderung des eigenen Wettbewerbs gegen den Mitbewerber Stimmung zu machen. Als Fall einer solchen wettbewerbsfremden persönlichen Werbung, die auch dann unzulässig bleibt, wenn die über den Mitbewerber gemachten Angaben wahr sind, war auch der Hinweis auf den jüdischen Charakter eines Unternehmens angesehen worden, sofern er dazu dienen soll, den eigenen Wettbewerb auf Kosten des angegriffenen Mitbewerbers zu fördern. Dabei war hervorgehoben worden, daß sich der Wettbewerber nicht darauf berufen könne, mit seinem Vorgehen nationalsozialistischer Weltanschauung und der von ihr erstrebten Bewahrung der Volkswirtschaft vor jüdischem Einfluß zu dienen, daß es vielmehr Sache der Staatsregierung und der Partei sei, zu bestimmen, inwieweit es hierzu einer Fernhaltung oder Verdrängung jüdischer Unternehmungen vom Wirtschaftsmarkte bedürfe, und der Wettbewerber sich genügen lassen müsse, diese gegebenenfalls über den Sachverhalt zu unterrichten. Es war weiter darauf hingewiesen worden, daß es die maßgebenden Stellen auch nicht an Hinweisen darauf haben fehlen lassen, daß der Umfang der für erforderlich erachteten Beschränkung öffentlicher oder wirtschaftlicher Betätigung von Nichtariern durch die von ihnen insoweit getroffenen Maßnahmen umgrenzt und deren Erweiterung durch private Hand unstatthaft sei. Von diesen Grundsätzen abzugehen, bietet der zur Entsch. stehende Fall keinen Anlaß. Die Kl. bedient sich mit dem Hinweis auf den jüdischen Charakter der Bekl. auf jeden Fall eines Werbemittels, das sich aus den in der angeführten Entsch. des Senats angegebenen Gründen mit den guten Sitten des Wettbewerbs nicht verträgt. Dabei braucht nicht entschieden zu werden, ob die Hervorhebung der Ausländereigenschaft eines Mitbewerbers wettbewerblich nach den gleichen Gesichtspunkten zu beurteilen ist, wie der Hinweis auf seine Rassezugehörigkeit. Wenn der Senat in früheren Entsch. (MuW. 1933, 344; RGZ. 147, 1 = JW. 1935, 1681[1]) den wahrheitsgemäßen Hinweis auf die Ausländereigenschaft eines Mitbewerbers oder auf die Eigenschaft einer Ware als ausländisches Erzeugnis für zulässig erklärt hat, so kann hieraus jedenfalls nicht gefolgert werden, daß eine Werbung unter Betonung des jüdischen Charakters des Konkurrenten ebenfalls statthaft sein müsse. Die Ansicht des BG., daß die Kl. mit der Behauptung, Dr. N., der frühere Geschäftsführer und alleinige Anteilsinhaber der Bekl., sei Angehöriger der jüdischen Rasse, dem Sinne nach die Bekl. als jüdisches Unternehmen bezeichnet und damit, gleichviel ob ihre Angabe wahr gewesen sei, gegen § 1 UnlWG. verstoßen habe, gibt auch sonst keinen Anlaß zu rechtlichen Bedenken. Es ist insbes. nicht zu beanstanden, wenn das BG. der Kl. eine Berufung darauf versagt, daß sie sich gegen Wettbewerbsangriffe der Bekl. habe wehren müssen. Wenn sie, wie sie behauptet, auf die Rassezugehörigkeit Dr. N.s nur dann hingewiesen hat, wenn ihr mitgeteilt wurde, daß die Bekl. sie als jüdisches Unternehmen bezeichnet habe, so ist nicht einzusehen, inwiefern ihr Vorgehen hätte geeignet sein können, die gegen sie aufgestellte Behauptung zu widerlegen oder weiteren Angriffen dieser Art vorzubeugen. Mit Recht hat ihr das BG. eine Befugnis zur Abwehr durch den Hinweis auf die Rassezugehörigkeit Dr. N.s auch um deswillen abgesprochen, weil sie bereits seit 1930 durch ein nach der Auffassung des BG. in seiner Wirksamkeit nicht beeinträchtigtes gerichtliches Erkenntnis gegen Angriffe der Bekl. durch die Behauptung, sie sei ein jüdisches Unternehmen, geschützt war.

Die Rev. wendet sich weiter gegen die Ansicht des BG.,

daß die Kl. nicht berechtigt sei, sich als deutsches Unternehmen zu bezeichnen. Sie macht geltend, daß der Kl. das Recht hierzu nicht schon um deswillen abgesprochen werden könne, weil sich ihr Stammkapital in ausländischen Händen befinde, daß vielmehr die vom BG. selbst angeführten sonstigen Umstände — die Löschung der beiden früheren ausländischen Geschäftsführer, der Frau L. und des Herrn H., im Handelsregister und die Bestellung des die deutsche Staatsangehörigkeit besitzenden Fräulein K. als alleinige Geschäftsführerin, die Beschäftigung überwiegend deutscher Arbeiter und Angestellter und die Herstellung der Waren fast nur aus deutschen Rohstoffen — genügen müßten, um die Kl. als deutsches Unternehmen zu kennzeichnen. Der Angriff der Rev. ist nicht begründet. Es mag sein, daß dafür, ob ein Unternehmen als deutsches anzusprechen ist, nicht immer und allein entscheidend sein kann, in welchen Händen sich das Geschäftskapital befindet. Wie schon in RGZ. 150, 55 = JW. 1936, 1365 [10], 1369 [10] u. [11] hervorgehoben worden ist, wird es, zumal bei Aktiengesellschaften mit Inhaberaktien, selbst für den Leiter des Unternehmens nicht stets und ohne weiteres feststellbar sein, ob und wieviel Grundkapital Ausländern gehört, und selbst bei ausschließlich oder überwiegend deutschem Besitz des verantwortlichen Kapitals besteht keine Gewähr dafür, daß das Unternehmen, etwa zufolge sonstiger Verschuldung, nicht maßgeblichem, ausländischem Einfluß unterliegt. Steht aber, wie hier, fest, daß sämtliche Geschäftsanteile einer GmbH. in ausländischem Besitze sind und wem sie gehören, so kann dieser Umstand bei der Beurteilung dessen, ob es sich um ein deutsches Unternehmen handelt, nicht gänzlich außer Betracht bleiben. Ein Unternehmen muß andererseits nicht schon um deswillen als deutsch angesehen werden, weil sein nach außen verantwortlicher Leiter und sein Personal Deutsche sind oder seine Waren in der Hauptsache nur aus inländischen Rohstoffen hergestellt werden. Denn das schließt nicht aus, daß es gleichwohl unter Bedingungen und nach Grundsätzen betrieben wird, die deutschen Belangen fernstehen und eine Bezeichnung des Unternehmens als deutsch nicht zulassen. Von diesen Gesichtspunkten aus ist aber dem BG. beizupflichten, wenn es die Kl. nicht als deutsches Unternehmen gelten läßt, weil sich nicht nur ihre sämtlichen Geschäftsanteile in ausländischem Besitze befinden, sondern, wie es weiter feststellt, die jetzige Geschäftsführerin auch als Leiterin der Firma der Kl. in Deutschland jederzeit an die Weisungen der ausländischen Inhaber der Geschäftsanteile gebunden ist. Das BG. hält für erwiesen, daß mit der erst während des Rechtsstreits erfolgten Abberufung der früheren ausländischen Geschäftsführer und der Bestellung des Fräulein K. als alleinige Geschäftsführerin nur beabsichtigt worden ist, die Kl. nach außen hin für die Zukunft als deutsches Unternehmen erscheinen zu lassen, daß es sich in Wirklichkeit aber um eine Tarnung handele, durch die an der Wertung der Kl. als ausländisches Unternehmen nichts geändert werden könne. Die Rev. beanstandet diese Feststellung insofern als prozeßordnungswidrig, als das BG. dabei das Vorbringen der Kl. unberücksichtigt gelassen habe, das dahin ging, daß Frau L. und Herr H. bei Gründung der Gesellschaft als Geschäftsführer bestellt worden seien, weil sich damals noch kein sonstiger geeigneter Geschäftsführer gefunden habe, und daß ihre Bestellung auch in der Folgezeit nur aufrechterhalten worden sei, weil sich die demnächst bestellten anderen Geschäftsführer nicht bewährt hätten und nach kurzer Zeit wieder hätten abberufen werden müssen. Ihre aus § 286 ZPO. hergeleitete Verfahrensrüge ist aber nicht begründet. Daß es der Kl. zunächst nicht darauf ankam, die Leitung ihrer Geschäfte in deutsche Hände zu legen, ergab schon der Inhalt ihrer Klageschrift. Danach waren bei Einreichung der Klage vertretungsberechtigte Geschäftsführer der Kl. zwei Engländer namens S., nachdem vor diesen ein Amerikaner T. als Geschäftsführer bestellt gewesen war. Die Kl. hat ferner während des Rechtsstreits ständig betont, daß sämtliche A.-Gesellschaften wenn nicht eine rechtliche, so doch eine wirtschaftliche Einheit darstellten und Träger der in ihnen verkörperten Werte die Eheleute L. seien, denen sämtliche A.-Unternehmungen gehörten. Sie führt aus, daß es die Gründerin aller A.-Gesellschaften, Frau L., für erforderlich halte, wichtige Posten dieser Gesellschaften wie Geschäftsführung und Propagandaleitung von solchen Personen bekleiden zu lassen, die durch jahrzehntelange Arbeit in den verschiedenen A.-Gesellschaften als zuverlässig und unbestechlich erprobt sind. Die Kl. weist weiter darauf hin, daß sie Glied eines Weltunternehmens sei, daß zwischen den Erzeugnissen der einzelnen A.-Gesellschaften und der Art ihrer Anwendung nicht der geringste Unterschied bestehe, da sie alle auf den Anweisungen der Miß A. (d. i. Frau L.) beruhen, daß auch die Ausstattung der einzelnen Erzeugnisse und das Werbematerial, abgesehen von sprachlichen Unterschieden, überall das gleiche sei, so daß jede, auch ausländische Niederlassung einer A.-Gesellschaft imstande sei, irgendein in Deutschland gekauftes A.-Erzeugnis gegen ein anderes gleiches umzutauschen und einen in Deutschland begonnenen Behandlungskursus fortzusetzen. Weiter ist davon die Rede, daß von der Kl. keine Assistentin zur Anwendung von A.-Erzeugnissen angestellt werde, deren Ausbildung nicht von Frau L. persönlich nachgeprüft worden wäre, und daß Ersuchen um persönliche Raterteilung, wenn nicht von dieser bei persönlicher Anwesenheit in Berlin, so doch nach Anfrage bei ihr und nur auf Grund ihrer ausdrücklichen Ermächtigung, jedenfalls aber stets unter Innehaltung der einheitlichen, von ihr persönlich ausgegebenen Richtlinien beantwortet würden. Auch aus dem Werbematerial der Kl. geht hervor, daß diese es für angebracht hält, die Firma ihrer amerikanischen Schwestergesellschaft an erster Stelle und erst danach ihre eigene Firma aufzuführen. Es ist unter diesen Umständen rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das BG. für erwiesen ansieht, daß Fräulein K. an die Weisungen der ausländischen Inhaber der Geschäftsanteile gebunden sei und durch ihre Bestellung zur Geschäftsführerin sich an deren Einfluß auf die Führung der Kl. nichts geändert habe. Hat danach aber das BG. mit Recht festgestellt, daß die ausländischen Inhaber der Geschäftsanteile der Kl. maßgebenden Einfluß auch auf deren Führung ausüben, so ist die Folgerung begründet, daß die Kl. nicht als deutsches Unternehmen anzusehen ist und mit der Behauptung, ein solches zu sein, unrichtige Angaben über geschäftliche Verhältnisse macht, die geeignet sind, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. Daß sich das deutsche Publikum, an das sich ihre Behauptung richtet, durch den Hinweis auf den deutschen Charakter der Kl. bestimmen lassen wird, ihren Erzeugnissen vor sonstigen, ihm als ausländisch bekannten den Vorzug zu geben, kann bei der heute Allgemeingut gewordenen Erkenntnis, daß die Förderung der deutschen Wirtschaft der Volksgesamtheit dient, nicht bezweifelt werden. Das Unterlassungsbegehren der Bekl. ist deshalb vom BG. mit Recht nach §§ 3, 13 UnlWG. für begründet erachtet worden.

Dem Antrag der Bekl. auf Feststellung dessen, daß sie berechtigt sei, ihre Erzeugnisse als rein deutsche anzupreisen, hat das BG. — unter Weglassung des Wortes „rein" — stattgegeben, weil das Verhalten der Kl. im Prozesse nicht genüge, um die Besorgnis zu zerstreuen, daß sie eines Tages einer Werbung der Bekl. mit dem Hinweis auf den deutschen Ursprung ihrer Waren doch mit der Behauptung entgegentreten werde, die Erzeugnisse der Bekl. seien nicht rein deutsch. Nach der Ansicht des BG. hätte es zur Ausräumung der Wiederholungsgefahr einer eindeutigen Erklärung der Kl. bedurft, daß sie die Erzeugnisse der Bekl. als rein deutsch anerkenne und sich verpflichte, eine andere Behauptung nicht mehr aufzustellen. Diese im wesentlichen auf tatrichterlicher Würdigung beruhende Auffassung mag, soweit sie das Verhalten der Kl. betrifft, rechtlich nicht zu beanstanden sein. Da es sich nicht darum handelt, der Kl. ein wettbewerbswidriges Verhalten zu untersagen, kommt ihr nicht die Bedeutung zu, daß damit eine nur für diesen Fall wesentliche Wiederholungsgefahr erwiesen wäre, sondern sie will dem Sinne nach offenbar besagen, daß das BG. nach dem Verhalten der Kl. ein rechtliches Interesse der Bekl. an der von ihr verlangten Feststellung für gegeben erachtet. Das rechtfertigt aber für sich allein noch nicht, der Bekl. die von ihr begehrte Befugnis zuzuerkennen. Soll diese berechtigt sein, ihre Erzeugnisse als rein deutsche anzupreisen, so wäre vielmehr Voraussetzung, daß diese Behauptung sachlich zuträfe. Denn die Bekl. könnte nicht beanspruchen, die Befugnis zur Aufstellung einer Werbebehauptung zugesprochen zu erhalten, wenn sie damit etwas Unrichtiges behauptete und so eine Werbung betriebe, die den Vorschriften des WettbewerbsG.,

insbes. dessen §§ 1 oder 3 zuwiderliefe. Das BG. konnte deshalb dem Antrag der Bekl. nicht stattgeben, wenn es nicht feststellte, daß diese ihre Erzeugnisse mit Recht als rein deutsche anpreise. Insoweit hätte es einer Prüfung dessen bedurft, ob die Behauptung der Kl., daß sich das Stammkapital der Bekl. nicht in deutschen Händen befinde, von Dr. N. vielmehr nur als Treuhänder für Ausländer verwaltet werde, dazu führen könne, ihre Erzeugnisse nicht als deutsche Waren erscheinen zu lassen. Ebenso wäre zu erörtern gewesen, ob der Bezeichnung ihrer Erzeugnisse als rein deutsch die Behauptung der Kl. entgegensteht, daß ihr früherer Geschäftsführer Dr. N. jüdischer Abstammung sei. Denn nach heutiger Verkehrsanschauung könnte auch die Unterstellung eines Unternehmens unter nichtarischen Einfluß zur Folge haben, daß eine Bezeichnung seiner Erzeugnisse als rein deutsch als irreführend anzusehen wäre. Die Entsch. des BG. zu diesem Punkte kann deshalb mit der jetzigen Begründung nicht aufrechterhalten werden. Es bedarf vielmehr der Prüfung, ob die Erzeugnisse der Bekl. in Wahrheit die Bezeichnung als rein deutsche verdienen.

(RG., II. ZivSen., U. v. 12. Jan. 1937, II 128/36.) [K.]

*

3. RG. — §§ 1, 14 UnlWG. Die Begriffe „ausländisch und jüdisch" können zur Kennzeichnung eines Geschäftes auch in dem Sinne angewendet werden, daß das Unternehmen dem maßgebenden Einfluß ausländischer und jüdischer Personen unterliege. — Eine Mitteilung zu Zwecken des Wettbewerbes liegt auch vor, wenn es sich dabei nur um einen Nebenzweck handelt. Wenn auch die Heranziehung der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse eines Mitbewerbers regelmäßig unzulässig ist, so sind doch Ausnahmen denkbar, z. B. zur Abwehr oder beim Bericht an amtlichen Stellen, die Abhilfe schaffen können und sollen.

Die Kl. ist eine seit 1927 im Berliner Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft mit einem Grundkapital von 750 000 RM. Sie vertreibt Vervielfältigungsapparate, die die Firma David G. Limited in London herstellt, sowie das dazu erforderliche Zubehör, und war nach ihrer Angabe mit ihren Waren bei amtlichen und Parteistellen gut eingeführt. Die Mitglieder ihres Vorstands und Aufsichtsrats sind sämtlich, ihre Angestellten und Arbeiter bis auf wenige Ausnahmen arischer Abstammung. Die Bekl. befaßt sich mit der Herstellung und dem Vertrieb von Bürobedarfsartikeln und steht mit der Kl. im Wettbewerb.

Am 29. Dez. 1934 richtete die Bekl. an die Industrie- und Handelskammer in Braunschweig ein Schreiben folgenden Inhalts:

„Wir gaben Ihnen bereits früher verschiedentlich Berichte unseres Vertreters, M. H., Straßburg, durch, der durch die Firma G. dort sehr viel Schwierigkeiten hat. Wir erhielten jetzt nochmals einen eingehenden Bericht, die jüdischen Inhaber betreffend. Ferner wurde uns von verschiedenen Seiten mitgeteilt, daß die ausländische Firma G. fast alle Lieferungen an die Parteidienststellen der NSDAP. erhält.

Wir geben nachstehend die Angaben unseres Vertreters nochmals weiter, mit der Bitte, diese den entsprechenden Stellen zuzuleiten."

Sie fügte ihrem Schreiben Abschrift eines Berichts ihres französischen Vertreters bei, worin dieser seiner Verwunderung darüber Ausdruck gab, daß es der Firma G. gelungen sei, sich in Deutschland als arisches Unternehmen auszuweisen, und näher belegte, inwiefern dies nicht richtig sein könne.

Der Inhalt dieses Schreibens der Bekl. samt einer auszugsweisen Übersetzung des Berichts wurde mittels Rundschreibens des Reichsschatzmeisters der NSDAP. v. 30. Jan. 1935 allen Gauschatzmeistern der NSDAP., als vom RMin. für Volksaufklärung und Propaganda übermittelt, „zur Kenntnisnahme und evtl. Verwertung" mitgeteilt. Ein Hinweis auf die Mitteilung der Bekl. unter Wiedergabe ihres wesentlichen Inhalts erschien auch in der Nr. 17 des „Stürmer" vom April 1935.

Die Kl. machte geltend:

Nachdem die Behauptung der Bekl., sie sei ein ausländisches, jüdisches Unternehmen, bekannt geworden sei, habe sich ein großer Teil ihrer Kundschaft von ihr zurückgezogen. Es seien ihr Aufträge von Behörden, Parteidienststellen und Privatpersonen, die ihr sonst zugefallen wären, nicht erteilt worden. Für den ihr hieraus entstandenen Schaden habe die Bekl. aufzukommen, zumal da ihre Behauptung unwahr sei. Sie, die Kl., sei ein deutsches Unternehmen, gleichviel, in wessen Händen sich ihre Aktien befänden. Da es sich um Inhaberaktien handele, könne sie dies auch nicht wissen. Ebensowenig sei nach der Zusammensetzung ihrer leitenden Organe sowie ihrer Belegschaft die Behauptung begründet, sie sei eine jüdische Firma. Selbst für die G. Limited London treffe dies nicht zu, da sich deren Aktienmehrheit entsprechend den Vorschriften des englischen Rechts im freien Handel befinde. Ihr, der Kl., Zusammenhang mit jener sei im übrigen nur wirtschaftlicher, nicht rechtlicher Natur, so daß es nicht angehe, sie hinsichtlich ihrer Volks- und Rassezugehörigkeit nach den bei der englischen Gesellschaft obwaltenden Verhältnissen zu beurteilen.

Mit der weiteren Behauptung, daß der ihr durch das Verhalten der Bekl. bereits erwachsene Schaden 3616,50 RM betrage, die Höhe der ihr weiter drohenden Nachteile aber noch nicht zu übersehen sei, hat die Kl. zunächst Feststellung der Schadensersatzpflicht der Bekl. sowie deren Verurteilung zur Zahlung des genannten Betrags samt Zinsen begehrt.

Die Bekl. hat die Zulässigkeit des Rechtswegs bestritten, weil sich die Klage in Wirklichkeit gegen eine öffentlich-rechtliche Verwaltungsmaßnahme richte, und im übrigen zur Begründung ihrer Bitte um Klageabweisung entgegnet:

Seit Mitte 1933 sei sie von der für sie zuständigen Industrie- und Handelskammer in Braunschweig wiederholt aufgefordert worden, zwecks vertraulicher Weiterleitung an zuständige Stellen Berichte von ausländischen Abnehmern und Vertretern über Boykott deutscher Waren im Ausland einzureichen. Dem sei sie in einer Reihe von Fällen nachgekommen. Insbesondere habe sie im Jahre 1934 Berichte ihres Vertreters M. über gegen sie gerichtete Boykottmaßnahmen der französischen Schwesterfirma der Kl. zur vertraulichen Kenntnisnahme vorgelegt. Mit ihrem Schreiben v. 29. Dez. 1934 habe sie die der Handelskammer gemachten Mitteilungen fortsetzen und ergänzen wollen. Sie habe damit lediglich einer öffentlich-rechtlichen Pflicht genügt. Ein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs habe ihr ferngelegen. Sie könne auch für die Weiterleitung ihres Schreibens durch die Handelskammer nicht verantwortlich gemacht werden. Soweit sie diese hierzu ermächtigt habe, habe sie zum mindesten annehmen können, daß ihre Mitteilung nicht ohne Prüfung ihres Inhalts und der Zulässigkeit ihrer Verwertung durch die Handelskammer selbst weitergegeben werde. Die wahrheitsgemäße Kennzeichnung eines Mitbewerbers dahin, daß er ein ausländisches oder jüdisches Unternehmen sei, sei im übrigen nach heutiger Verkehrsauffassung nicht wettbewerbsfremd. Sie werde zufolge der gerade vom Judentum geschürten Boykottmaßnahmen des Auslands gegen deutsche Waren als zulässiges Werbemittel angesehen und müsse insbes. dann statthaft sein, wenn es, wie hier, eine ausländisch-jüdische Firma verstanden habe, sich Aufträge von Parteistellen und Behörden zu verschaffen, die ihr bei Kenntnis ihres wahren Charakters niemals hätten erteilt werden können. In solchem Falle sei jeder deutsche Wettbewerber schon aus dem Gesichtspunkt erlaubter Abwehr zu einer Aufklärung über das Wesen des ausländisch-jüdischen Mitbewerbers befugt. Ihr, der Bekl., könne ein Recht hierzu um so weniger versagt werden, als die französische Schwestergesellschaft der Kl. gerade sie im Auslande bekämpfe. Die Kl. sei auch in der Tat ein ausländisches und jüdisches Unternehmen. Sie sei die deutsche Vertriebsorganisation des G.-Konzerns, eines ausländisch-jüdischen Unternehmens der Familie G., das seine Zentrale in London und in zahlreichen Ländern Unterorganisationen besitze. An seiner Spitze stehe der Jude David G. Ihm und seiner Familie gehöre auch — durch Treuhänder oder unmittelbar — das Aktienkapital der Kl. Diese sei nicht nur finanziell von der Zentrale in London völlig abhängig, der sie zu einem ihr Aktienkapital übersteigenden Betrage verschuldet sei, sondern sie werde auch tatsächlich von dort aus und gemäß den Weisungen der in den Händen der Juden David und Sigmund G., C. und R. liegenden Konzernverwal-

tung geleitet. Durch die nach der Staatserneuerung erfolgte Besetzung ihrer Organstellen mit Ariern habe sich hieran nichts geändert.

Die Klage ist in allen Instanzen abgewiesen worden.

Soweit das BG. die Zulässigkeit des Rechtsweges bejaht, weil es sich um Ansprüche aus wettbewerbswidrigem Verhalten der Bekl., also um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit i. S. des § 13 GVG. handele, sind rechtliche Bedenken nicht zu erheben. Gegenstand des Rechtsstreits ist die dem Privatrecht angehörende Frage, ob die Bekl. aus dem Gesichtspunkte des unlauteren Wettbewerbs für ihr Vorgehen verantwortlich gemacht werden kann, soweit es sich in ihrem Schreiben an die Industrie- und Handelskammer v. 29. Dez. 1934 verwirklicht hat. Die Weiterleitung des Schreibens durch die Handelskammer und die darauf zurückzuführenden Maßnahmen der Parteidienststellen sind Folgen ihres Vorgehens, für die sie nach Ansicht der Kl. einzustehen hat, bilden selbst aber nicht den Sachverhalt, auf den diese ihre Ansprüche gründet.

Eine Zuwiderhandlung der Bekl. gegen § 14 UnlWG. erachtet das BG. nicht für gegeben, weil es ihre Behauptung im Schreiben v. 29. Dez. 1934, die Kl. sei eine ausländische Firma und ihre Inhaber seien Juden, für erwiesen ansieht. Es stützt sich hierbei darauf, daß die Kl. nach ihrer eigenen Angabe im wesentlichen in England hergestellte Waren vertreibe, nach der unwidersprochen gebliebenen Behauptung der Bekl. der G. Limited in London mit etwa 900 000 RM verschuldet sei und nach dem unbestrittenen Inhalt der von der Bekl. überreichten Lichtbildabzüge dem bestimmenden Einfluß von Personen unterstehe, die Leiter des englischen Unternehmens oder mit ihnen nahe verwandt und Juden seien. Es ist rechtlich auch nicht zu beanstanden, wenn das BG. dafür, ob die Kl. als ausländisches und jüdisches Unternehmen anzusehen sei, nicht entscheidend sein läßt, daß sie ihren Sitz in Deutschland hat und ihre Organe sowie der überwiegende Teil ihrer Angestellten Arier sind. Die Begriffe „ausländisch" und „jüdisch" können auch in dem Sinne angewendet werden, daß ein Unternehmen maßgeblich dem Einfluß ausländischer und jüdischer Personen unterliegt. Daß das bei der Kl. der Fall ist, hat das BG. rechtlich bedenkenfrei festgestellt. Damit rechtfertigt sich aber auch seine Annahme, daß § 14 UnlWG. als Anspruchsgrundlage ausscheide, mag man nun gem. Abs. 1 daselbst die Bekl. bzgl. der Wahrheit der behaupteten Tatsachen oder mit Rücksicht auf die von ihr behauptete Vertraulichkeit der Mitteilung oder das Vorliegen eines berechtigten Interesses des Mitteilenden oder des Empfängers an ihr nach Abs. 2 die Kl. bzgl. der Unwahrheit der Behauptung für beweispflichtig ansehen.

Soweit hiernach allein noch in Frage kommt, ob das Verhalten der Bekl. gegen § 1 UnlWG. verstößt, hat das BG. ohne Rechtsirrtum angenommen, daß die Mitteilung der Bekl. v. 29. Dez. 1934 im geschäftlichen Verkehr erfolgt ist. Liegt ein solcher, wie das BG. zutreffend hervorhebt, schon dann vor, wenn es sich um eine Tätigkeit handelt, die der Förderung irgendeines Geschäftszwecks dient im Gegensatz zu privater Benutzung (vgl. RGZ. 108, 272, 274 = JW. 1924, 1369 [17]), so ist diesem Erfordernis genügt, wenn, wie hier, die Bekl. sich an die Industrie- und Handelskammer wendet, um deren Aufmerksamkeit auf einen ihr lästigen Mitbewerber zu lenken. Sie nahm damit eigene geschäftliche Belange auch dann wahr, wenn sie glaubte, mit ihrer Mitteilung dem Ersuchen der Handelskammer um Unterrichtung über ausländische Boykottmaßnahmen nachzukommen. Ebensowenig ist es rechtlich zu beanstanden, wenn das BG. ein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs als gegeben ansieht. Es folgert zutreffend aus dem Inhalt des Schreibens v. 29. Dez. 1934, daß die Bekl., mag sie auch angenommen haben, mit der Weitergabe des Berichts ihres französischen Vertreters an die Handelskammer im Sinne des früheren Ersuchens zu handeln, zum mindesten nebenher das Ziel verfolgt habe, die Kl. als Konkurrentin aus dem Felde zu schlagen und so ihr eigenes Geschäft zu fördern. Die Inanspruchnahme behördlichen Einschreitens gegen weitere geschäftliche Betätigung der Kl. zum mindesten auf dem Gebiete der Belieferung von Parteidienststellen, auf die die Bekl. besonders hinwies, war hierzu nicht nur der Sache nach geeignet, sondern ist von ihr auch, wie das BG. feststellt, in der für ihr Vorgehen wenigstens mitbestimmenden Erwartung erstrebt worden, dadurch einen geschäftlichen Vorsprung vor ihrer Mitbewerberin zu erlangen. Das genügt, um ihr Verhalten als ein solches zu Zwecken des Wettbewerbs zu kennzeichnen (vgl. RGZ. 128, 330, 341 = JW. 1930, 1928 [3]; Urt. des Senats v. 3. Nov. 1936, II 145/36 = JW. 1937, 686 [7] m. Anm.).

Das BG. geht davon aus, daß die Hervorhebung der Volks- oder Rassezugehörigkeit eines Mitbewerbers mit den guten Sitten des Wettbewerbs grundsätzlich nicht vereinbar sei. Es hält alle auch wahrheitsgemäßen Hinweise auf Eigenschaften und Verhältnisse des Mitbewerbers für unzulässig, soweit sie mit der zum Vergleich stehenden gewerblichen Leistung nichts zu tun haben, sondern nur dazu führen sollen, das Urteil des Publikums durch die Heranziehung persönlicher oder gefühlsmäßiger Umstände zu trüben oder zu verfälschen. Demgemäß erachtet es auch eine Hervorhebung der Ausländereigenschaft eines Mitbewerbers oder die Betonung seiner jüdischen Abstammung nicht für statthaft, sofern nicht besondere Umstände vorliegen, die einem solchen Vorgehen im einzelnen Falle den Makel der Sittenwidrigkeit nehmen. Es bedarf keines näheren Eingehens darauf, ob die Auffassung des BG. in diesem Umfange rechtlich begründet ist. Soweit es den Hinweis auf die jüdische Abstammung eines Mitbewerbers oder den jüdischen Charakter eines Konkurrenzunternehmens grundsätzlich als einen Fall unzulässiger persönlicher, vergleichender Werbung betrachtet, befindet es sich in Übereinstimmung mit der wiederholt, zuletzt in einem Urt. v. 12. Jan. 1937, II 128/36 (vorstehend lfd. Nr. 2) ausgesprochenen Auffassung des Senats, daß die Kennzeichnung eines Mitbewerbers als Juden in der Regel wettbewerbsfremd und zu mißbilligen sei (vgl. auch RGZ. 150, 298, 307 = JW. 1936, 1366 [11] m. Anm.). Wenn der Senat den gleichen Standpunkt nicht auch hinsichtlich der Zulässigkeit des Hinweises auf die Ausländereigenschaft eines Mitbewerbers eingenommen, einen solchen vielmehr in den auch vom BG. angeführten Entsch.: JW. 1933, 1578 und RGZ. 147, 1 = JW. 1935, 1681 [1] mit Rücksicht auf die derzeitige wirtschaftliche Notlage des deutschen Volkes und die Abschließungsbestrebungen vieler Auslandsstaaten gegenüber fremder, insbes. deutscher Einfuhr als statthaft bezeichnet hat, so braucht nicht entschieden zu werden, ob die hiervon abweichende Ansicht des BG., daß dem auf die Ausländereigenschaft eines Konkurrenten hinweisenden Mitbewerber eine sein Verhalten billigende Verkehrsauffassung nicht zur Seite stehe, rechtlich haltbar ist. Denn das BG. hat in rechtlich nicht zu beanstandender Weise die Sittenwidrigkeit des Vorgehens der Bekl. aus anderen Erwägungen verneint. Die Bekl. habe, so führt es aus, anders, als es bei einem persönlichen Behinderungswettbewerb gewöhnlich geschehe, nicht unmittelbar in den Gewerbebetrieb der Kl. eingegriffen oder durch ihre Vertreter oder sonstigen Gehilfen eingreifen lassen, sondern sich an die für sie zuständige amtliche Handelsvertretung gewandt, nicht, damit diese die ihr zugegangene Mitteilung lediglich weitergebe, sondern offensichtlich in der Erwartung, daß sie als amtliche Stelle wenn nicht die Richtigkeit der Angaben in tatsächlicher Hinsicht nachprüfen, so doch nichts unternehmen werde, was mit den Gesetzen nicht im Einklang stehe. Das Verhalten der Bekl. sei mit dem einer Partei zu vergleichen, die sich an ein Gericht wende, um Schutz vor einem lästigen Mitbewerber zu suchen: man erwarte in solchem Falle, daß die amtliche Stelle das Richtige treffen werde. Das BG. hält das Vorgehen der Bekl. unter diesen Umständen nicht für sittenwidrig, obwohl sie mit ihrem Schreiben eine Ausschließung der Kl. von weiterer Lieferung an Dienststellen der Partei habe erreichen wollen. Es erachtet die Bekl. auch insoweit durch die, wenn auch irrige Annahme für gedeckt, daß das Ersuchen der Handelskammer um Angaben über Boykottmaßnahmen im Ausland auf eine Vorbereitung amtlicher Vergeltungsmaßnahmen gegen die Juden im Inland abziele und ihr Schreiben v. 29. Dez. 1934 geeignet sei, diesem Zwecke zu dienen. Solchenfalls habe ihr Verhalten nur dann sittenwidrig sein können, wenn ihre Angaben unwahr gewesen wären. Das sei aber, wie sich ergebe, nicht der Fall.

Die Rev. bemängelt diese Ausführungen des BG. als rechtsirrig. Sie will dessen Meinung, daß das Verhalten der Bekl. zulässig gewesen sei, weil sie die Entsch. über die Ver-

wertung ihrer Mitteilung in die Hände der Handelskammer als einer amtlichen Stelle gelegt habe, auf deren Urteil sie sich habe verlassen können, gelten lassen, wenn sich die Bekl. darauf beschränkt hätte, die sachliche Anfrage der Handelskammer nach Wahrnehmungen über ausländische Boykottmaßnahmen sachlich zu beantworten. Das habe sie aber, wie der BerR. selbst feststelle, nicht getan. Sie sei vielmehr mit ihrem Hinweis auf den ausländischen und jüdischen Charakter der Kl. und der Mitteilung, daß diese fast alle Lieferungen an die Parteidienststellen der NSDAP. erhalte, über den Rahmen des an sie gerichteten Ersuchens weit hinausgegangen und könne sich infolgedessen, zumal da sie um Weiterleitung ihrer Angaben an die entsprechenden Stellen gebeten habe, zur Rechtfertigung ihres wettbewerblichen Verhaltens und der unverkennbaren Absicht, ihre Mitteilungen über die Kl. im Wettbewerbskampfe gegen diese auszuwerten, nicht darauf zurückziehen, daß sie die weitere Behandlung ihrer Angaben und die Entschließung über die Zulässigkeit ihrer Verwertung der Handelskammer anheimgestellt habe.

Der Rev. kann hierin nicht gefolgt werden. Wenn auch die Heranziehung persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse eines Mitbewerbers, also von Umständen, die mit der Güte der eigenen Leistung nichts zu tun haben, als dem anständigen Wettbewerb fremd grundsätzlich unlauter und sittenwidrig i. S. des § 1 UnlWG. ist, so sind doch Fälle denkbar, in dener ein solches wettbewerbliches Verhalten für zulässig erachtet werden muß. Wie vom Senat wiederholt anerkannt worden ist (vgl. z. B. MuW. 1933, 71; 1934, 202, 284; 1935, 151, 228), liegt ein solcher Ausnahmefall vor, wenn sich der Wettbewerber des Hinweises auf die Verhältnisse des Mitbewerbers bedient, um von diesem ausgehende unberechtigte Angriffe abzuwehren. Ihm könnte die Erwähnung der persönlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers auch dann nicht versagt werden, wenn für ihn Veranlassung bestünde, einer an ihn gerichteten Anfrage hiernach nachzukommen. Der Senat hat wiederholt ausgesprochen, daß eine persönliche, vergleichende Reklame statthaft sein könne, wenn es sich für den Wettbewerber darum handelt, dem Umworbenen eine von ihm geforderte Auskunft über den Mitbewerber oder seine Leistungen zu erteilen (vgl. JW. 1936, 2867; Urt. v. 25. Sept. 1936, II 64/36: JW. 1937, 310 [10] m. Anm. und das Urt. v. 3. Nov. 1936, II 145/36 = JW. 1937, 686 [7] m. Anm.). Eine solche Auskunftserteilung könnte vom Standpunkt des lauteren Wettbewerbs aus erst recht dann nicht verurteilt werden, wenn sie einer amtlichen Stelle gegenüber auf deren Ersuchen erfolgt und der Auskunfterteilende annehmen kann, daß seine Erklärung der anfragenden Stelle dienlich sei. Daß sich die Bekl. zur Rechtfertigung ihres Vorgehens darauf berufen könne, sich gegen Angriffe der Kl. haben wehren zu müssen, hat das BG. verneint. Soweit es dies damit begründet, daß das Vorbringen der Bekl. über wettbewerbliche Behinderung durch die französische Schwesterfirma der Kl. nicht ausreiche, um einen von dieser ausgehenden Angriff darzutun, beruht seine Annahme auf tatrichterlichen, im Revisionsverfahren nicht nachprüfbaren Erwägungen. Es ist auch nicht zu beanstanden, wenn es die allgemeine geschäftliche Betätigung der Kl. gegenüber Parteidienststellen und Behörden trotz ihres ausländischen und jüdischen Charakters und unter Verschweigung dieser Umstände nicht genügen läßt, um ein Abwehrvorgehen der Bekl. zu rechtfertigen. Es hält es mit Recht für unzumutbar, daß die Kl. bei ihr sonst nicht verwehrter geschäftlicher Betätigung ihre Kunden von vornherein auf ihre Eigenschaft als ausländisches und jüdisches Unternehmen hinweise oder sich von Geschäften mit Behörden oder Parteidienststellen in Anbetracht einer bei diesen vorauszusetzenden Abneigung gegen eine geschäftliche Verbindung mit ausländischen oder jüdischen Unternehmungen überhaupt fernhalte. Das BG. erblickt in dem Schreiben der Bekl. v. 29. Dez. 1934 auch keine sachliche Antwort auf die an sie gerichtete Anfrage der Industrie- und Handelskammer mit der Folge, daß ihr Hinweis auf den ausländischen und jüdischen Charakter der Kl. etwa als hierdurch veranlaßt und damit gerechtfertigt gelten könnte. Es stellt in für die RevInst. verbindlicher Auslegung des Schreibens v. 29. Dez. 1934 fest, daß dieses sachdienliche Angaben über Boykottmaßnahmen im Auslande, wie sie die Handelskammer verlangt hatte, nicht enthalten habe, also auch nicht als eine hiernach etwa zulässige Auskunftserteilung angesehen werden könne. Wenn das BG. aber gleichwohl in dem Vorgehen der Bekl. keinen Wettbewerbsverstoß erblickt, weil diese ihre Mitteilung an die für sie zuständige amtliche Handelsvertretung gerichtet und offensichtlich darauf vertraut habe, daß diese ihre Angaben nicht ohne Prüfung der Zulässigkeit einer solchen Behandlung weiterleiten werde, so sind rechtliche Bedenken hiergegen nicht zu erheben. Denn es kann einem Wettbewerber nicht zum Vorwurf gemacht werden, wenn er amtliche Stellen auf ihm abträgliche Erscheinungen im Wettbewerbskampfe hinweist, die seiner Meinung nach ein Eingreifen seitens der Behörden oder der hierzu berufenen Wirtschaftsvertretung geboten erscheinen lassen. Ist es ihm versagt, bei seiner eigenen unmittelbaren geschäftlichen Werbung den ihm lästigen Mitbewerber durch den Hinweis auf dessen ausländischen und jüdischen Charakter zu bekämpfen, so muß ihm der Weg offenbleiben, die zur Wahrung seiner Belange berufenen Stellen, wie hier die Handelskammer, auf die ihm nach seiner Meinung nachteilige Betätigung seines Konkurrenten aufmerksam zu machen, sofern er glaubt, Abhilfe verlangen zu dürfen. Das hat der erk. Sen. auch bereits in seinem Urt. v. 25. Febr. 1936, II 193/35 (RGZ. 150, 298 ff. = JW. 1936, 1366 [11] m. Anm.) zum Ausdruck gebracht. Dort wird ausgeführt, daß der Wettbewerber nicht das Recht habe, selbst — über das Maß gebotener Aufklärung des Publikums über — nach Ansicht des Wettbewerbers — wirtschaftsschädliche Erscheinungen, insbes. auf dem Gebiete wirtschaftlicher Betätigung jüdischer Unternehmungen, zu entscheiden, wenn damit eine Verdrängung von Mitbewerbern von dem ihnen nach der Rechtsordnung nicht verschlossenen Wirtschaftsmarkte bezweckt wird, daß er sich vielmehr damit begnügen müsse, seine Wahrnehmungen den zuständigen Stellen der Staatsverwaltung oder der Partei vorzutragen und bei diesen Abhilfemaßnahmen anzuregen. Daß hierfür auch die amtlichen Interessenvertretungen in Betracht kommen, kann nicht zweifelhaft sein. Mit Recht hat das BG. angenommen, daß in solchem Falle von einem sittenwidrigen Vorgehen nicht gesprochen werden könne, weil der Wettbewerber erwarten dürfe, daß die von ihm angegangene Stelle selbst darüber befinden werde, inwieweit eine Verbreitung seiner Mitteilung und ihre Auswertung zur wettbewerblichen Verdrängung seines Konkurrenten gesetzlich zulässig sei. Es liegt nichts dafür vor, daß nicht auch die Bekl. mit einer solchen Prüfung gerechnet habe. Sie konnte dies, wie das BG. zutreffend hervorhebt, um so eher tun, als das Ersuchen der Handelskammer um Mitteilung von Wahrnehmungen über ausländische Boykottmaßnahmen sie ohne weiteres glauben lassen konnte, daß man sich an zuständiger Stelle nicht mit der bloßen Kenntnisnahme von solchen Vorkommnissen begnügen, sondern sie als Grundlagen für mögliche Gegenmaßnahmen verwenden werde, für die ihre Mitteilung von Bedeutung sein könne. Hierzu kommt, daß die Bekl. davon ausgehen konnte, daß es den Grundsätzen nationalsozialistischer Wirtschaftsführung nicht entspreche, wenn eine ausländische, jüdische Firma Behörden und Parteidienststellen beliefere, und daß eine Erklärung hierfür nur darin gefunden werden könne, daß den in Betracht kommenden Abnehmern die Volks- und Rassezugehörigkeit ihrer Lieferantin nicht bekannt sei. Konnte die Bekl. nach alledem voraussetzen, daß es zu einer wettbewerblichen Behinderung der Kl. zufolge ihrer Mitteilung nur kommen werde, wenn dies den in Betracht kommenden amtlichen Stellen geboten und angemessen erscheine, so hielt sie sich mit ihrem Vorgehen in den Grenzen zulässiger wettbewerblicher Betätigung. Auch ihre Bitte um Weiterleitung des Berichts ihres Vertreters „an die entsprechenden Stellen" kann ihr insoweit nicht zum Nachteil gereichen. Denn sie meinte damit ersichtlich nur Stellen, die für eine weitere amtliche Behandlung ihrer Mitteilung in Frage kommen konnten, wie ihr solche nach der Auskunft der Handelskammer von dieser schon früher als Empfängerinnen ihrer Berichte bezeichnet worden waren. Soweit das BG. noch in Betracht zieht, daß auch eine Mitteilung an amtliche Stellen sittenwidrig sein könne, wenn sie der Wahrheit nicht entspreche, kann die Kl. auch hieraus nichts für sich herleiten, nachdem das BG., wie oben ausgeführt, einwandfrei festgestellt hat, daß der Hinweis der Bekl. auf den ausländi-

schen und jüdischen Charakter der Kl. begründet war. Die Klage ist hiernach sowohl hinsichtlich der Hauptanträge wie des Hilfsbegehrens mit Recht abgewiesen worden.

(RG., II. ZivSen., U. v. 26. Jan. 1937, II 161/36.) [K.]

Bemerkung: Vgl. hierzu den Aufsatz des RA. Dr. Rilk in diesem Heft S. 1864. D. S.

*

4. RG. — § 3 UnlWG.

1. In der Regel muß derjenige, der berechtigt ist, seine Ware als patentiert zu bezeichnen, auch das Recht haben, in seiner Firmenbezeichnung zum Ausdruck zu bringen, daß er patentierte Ware herstelle. Auch hier kommt es jedoch auf die Verkehrsauffassung an. So kann es als irreführend angesehen werden, wenn der Verkehr eine Firmenbezeichnung mit einem Patentzusatz dahin versteht, daß der Firma nicht nur ein Teil der Ware, sondern diese in ihrer Gesamtheit patentiert ist.

2. Eine Irreführung liegt dagegen nicht schon dann vor, wenn eine Firma — etwa auf Grund einer ihr zustehenden Lizenz — in der Lage wäre, den wesentlichen Teil einer für eine andere Firma patentierte Ware herzustellen und zu verkaufen und dies auch tut.

3. Die Kenntnis von der Wettbewerbshandlung eines anderen bildet keine notwendige Voraussetzung für die Verwirkung. Der Grundsatz von Treu und Glauben steht der Rechtsverfolgung entgegen, wenn sie so spät erfolgt, daß der andere Teil seinen inzwischen mit Mühe und Kosten geschaffenen Besitzstand als einen von dem Rechtsverfolgenden geduldeten ansehen darf. Im Einzelfall kann jedoch die Unkenntnis von der Unrichtigkeit einer Behauptung im Wettbewerbe die Verwirkung ausschließen, so z. B. dann, wenn es für den Mitbewerber nicht leicht ist, festzustellen, auf welche Patente der andere seine Bezeichnung stützt, und er von diesem eine Auskunft nicht zu erwarten hat, dieser sich vielmehr auf den Standpunkt stellt, er sei zur Auskunfterteilung nicht verpflichtet.

4. Eine Partei kann sich auf Verwirkung auch dann nicht berufen, wenn die von ihr gebrauchte Bezeichnung geeignet ist, die Verbraucher irre zu führen.

Beide Parteien stellen Bremsbeläge her und vertreiben sie. Die Bekl. zu 2, die Firma „Patent-Bremsbelag GmbH.", ließ den Vertrieb ihrer Bremsbeläge durch die Bekl. zu 1, die Gesellschafterin der erstgenannten Firma ist, besorgen. Der Vertrieb erfolgte unter der Bezeichnung „Postlerit-Patent-Hartbelag". Die Bekl. zu 1 vertreibt ferner einen von ihr selbst hergestellten Bremsbelag unter der Bezeichnung „Powag-Elastic-Belag D. R. P.". Mit der im Dezember 1934 erhobenen Klage beanstandete die Kl. die Verwendung der Worte „Patent" und „D. R. P." in diesen Bezeichnungen und in der Firma der Bekl. zu 2. Sie beantragte unter Strafandrohung zu verbieten, 1. der Bekl. zu 1, einen Hartbelag als „Postlerit-Patent-Hartbelag" und als „Powag-Elastic-Belag D. R. P." zu bezeichnen und unter dieser Bezeichnung in den Verkehr zu bringen, 2. der Bekl. zu 2, die Firma „Patent-Bresbelag GmbH." weiter zu gebrauchen. Die Bekl. beantragten Klageabweisung. Sie behaupten, daß die Bekl. zu 1 zu den verwendeten Warenbezeichnungen, die Bekl. zu 2 zur Firmenführung berechtigt seien, da ihnen Patente für die bezeichneten Waren zur Verfügung ständen. Bei dem in der Hauptsache in Betracht kommenden Patent handelt es sich um ein Verfahren zur Herstellung von harten, unlöslichen und unschmelzbaren Oxydationsprodukten. Es dient zur Herstellung einer Imprägnierungsmasse, die bei Herstellung der Bremsbeläge mit verwendet wird. Diese Masse wird durch eine GmbH. hergestellt, deren Geschäftsführer B. ist. Auf dessen Namen ist das Patent angemeldet und eingetragen. Im Laufe des Rechtsstreits übertrug B. sein Patent auf den Geschäftsführer O. der Bekl. zu 2. Die GmbH. wurde nach dem Vertrag Lizenznehmerin ohne die Verpflichtung, eine Lizenzgebühr zu bezahlen. Die Bekl. behaupten, die Masse bilde den wesentlichen Teil des von der Bekl. zu 2 hergestellten Bremsbelages. Dies ist durch das erhobene Sachverständigengutachten bestätigt worden, wird von der Kl. auch nicht mehr bestritten. Sie hält die Firmenbezeichnung der Bekl. trotzdem für irreführend und unzulässig.

Das LG. erkannte nach den Anträgen der Kl. Gegen das Urteil legte die Bekl. zu 2 Berufung ein, die vom OLG. zurückgewiesen wurde.

Auf die Rev. wurde die Sache zurückverwiesen.

Die Industrie- und Handelskammer in D. ist vom BG. um eine Äußerung u. a. darüber ersucht worden, ob die Firmenbezeichnung der Bekl. im Verkehr, vor allem in den Fachkreisen, als irreführend oder unwahr empfunden werde. In der Anfrage ist darauf hingewiesen worden, daß das Patent, nach dem das Bindemittel hergestellt wird, im Laufe des Rechtsstreits von dem Geschäftsführer O. der Bekl. erworben worden ist, und daß die GmbH. eine gebührenlose Lizenz besitzt, auf Grund deren sie die Masse an beliebige Interessenten verkaufen darf und verkauft. Nach den von der Industrie- und Handelskammer in größerem Umfang vorgenommenen Erörterungen hat ein Teil der Befragten, wie die Kammer selbst, die Firmenführung der Bekl. für unbedenklich gehalten. Ein anderer Teil hält sie nur dann für zulässig, wenn es bisher noch keinerlei Bremsbeläge gegeben hätte, so daß auch keine andere Firma außer der Bekl. in der Lage wäre, Bremsbeläge herzustellen. Da die Bekl. keine ausschließliche Lizenz hinsichtlich des ausschlaggebenden F.s besitze, sei die Firma irreführend, denn andere Firmen könnten mit der gleichen Bindemittelmasse ähnliche Bremsbeläge herstellen. Schließlich sei es auch unklar, ob der Firmenname tatsächlich dem auf die Masse erteilten Patent entlehnt sei, da dieses Patent — wie feststeht — bei der Errichtung der Patent-Bremsbelag-GmbH. noch nicht erteilt war. Das BG. schließt sich dieser Meinung eines Teiles der Befragten insofern an, als es die Firmenbezeichnung der Bekl. mindestens so lange als irreführend ansieht, als die andere GmbH. auf Grund ihres gegenwärtigen, ihr keine Bindungen in dieser Hinsicht auferlegenden Lizenzrechtes, das nach den Umständen, insbes. nach B.s Aussage, auch keine Änderung insoweit erwarten lasse, die Masse beliebig an jeden Abnehmer vertreiben darf. Bei seiner Beurteilung hält es die Auffassung des Publikums für ausschlaggebend.

Die Rev. hält diese Begründung für rechtsirrig. Der Hinweis auf den Patentschutz, sei es durch Bezeichnung der Ware als gesetzlich geschützt, sei es durch die Aufnahme des Wortes „Patent" in die Firma besage nur, daß ein gesetzlicher Schutz der Ware vorhanden sei, nicht aber, daß dieser Schutz dem Hersteller oder Vertreiber als ausschließlicher zustehe. Die Verwendung des Ausdruckes „patentiert" bei Anpreisung einer Ware sei i. S. des § 3 UnlWG. geeignet, den Anschein eines besonders günstigen Angebotes zu erwecken, weil dadurch bei den beteiligten Verkehrskreisen der Eindruck entstehe, daß in der Ware ein Erfindungsgedanke verwirklicht ist. Ob der Hersteller oder Vertreiber der als patentiert bezeichneten Ware sie auf Grund der Inhaberschaft am Patent oder einer ausschließlichen Lizenz oder einer einfachen Lizenz vertreibt, sei für den Abnehmer ohne Interesse.

Der Rev. ist jedenfalls darin beizutreten, daß der, der eine Ware herstellt, sie als patentiert bezeichnen darf, wenn ihm selbst das Patent zusteht, nach dem die Ware hergestellt ist. Dies gilt auch dann, wenn ein Dritter eine Lizenz an dem Patent hat. Dabei genügt es, daß das Patent für den wesentlichen Teil der hergestellten Ware erteilt ist, so daß ohne diesen die Ware nicht hergestellt werden kann. Unstreitig bildet die Masse den wesentlichen Teil des von der Bekl. hergestellten Bremsbelages. Für die RevInst. ist davon auszugehen, daß der Geschäftsführer der Bekl. am Schlusse der mündlichen Verhandlung in der BerInst. Inhaber des F.patentes war. Dann war aber die Bekl., wenn nicht besondere Umstände eine andere Beurteilung rechtfertigen, berechtigt, die von ihr hergestellten Bremsbeläge als Patentbremsbeläge zu bezeichnen. Solche besonderen Umstände sind bisher nicht hervorgetreten. Sie könnten nach Lage des Einzelfalles dann vorliegen, wenn die Masse zur Herstellung der verschiedenartigsten Waren verwendet werden könnte und verwendet werden würde, so daß nach der Auffassung des Verkehrs die mit der Masse hergestellten Bremsbeläge jeder Eigenart entbehren würden. Dann könnte die Bezeichnung der Bremsbeläge als Patent-Bremsbeläge eine Irreführung herbeiführen.

In der Regel muß derjenige, der berechtigt ist, seine Ware als patentiert zu bezeichnen, auch das Recht haben, in seiner Firmenbezeichnung zum Ausdruck zu bringen, daß er patentierte Waren herstelle. Auch hier wird es freilich auf die Auffassung des Verkehrs ankommen. Es ist wohl denkbar, daß der Verkehr die Bezeichnung einer Ware als patentiert nicht als irreführend ansieht, wenn auch nur der wesentliche Teil patentiert ist, daß er aber eine solche Irreführung annimmt, wenn die Herstellerin im Firmennamen selbst sich als Herstellerin einer bestimmten Warengattung mit dem Zusatz Patent bezeichnet, obwohl sie nur für einen, wenn auch unwesentlichen Teil, ein Patent besitzt; im vorl. Falle könnte es also als irreführend angesehen werden, wenn der Verkehr die Firma Patent-Bremsbeläge dahin versteht, daß der Firma nicht nur ein Teil der Ware, sondern die Bremsbeläge selbst in ihrer Gesamtheit patentiert sind. Mit der Begründung des BG. allein, daß auch eine andere Firma auf Grund ihrer, wenn auch weitgehenden, Lizenz die Masse an jeden Dritten verkaufen könne, läßt sich dagegen die Feststellung der Irreführung nicht rechtfertigen.

Das BG. hält den Verwirkungseinwand, der auf verspätete Erhebung der Klage — dreieinhalb Jahre nach Gründung der Bekl. — gestützt wird, schon deshalb nicht für gerechtfertigt, weil nach den Umständen davon auszugehen sei, daß die Kl. von der zur Firma der Bekl. im Mißverhältnis stehenden wirklichen Patentlage erst im Laufe des jetzigen Rechtsstreits hinreichende Kenntnis erhalten habe; aber auch für eine arglistige Grundlage des Vorgehens der Kl. fehle es an jedem Anhalt. Die Rev. hält es für rechtsirrig, daß das BG. auf Kenntnis der Unrichtigkeit der Angaben abstelle. Hierauf komme es nicht an. Es genüge, daß der Kl. bekannt war, daß die Bekl. die Bezeichnung Patent-Bremsbelag-GmbH. führte. Diese Kenntnis sei unter Beweis gestellt und werde auch vom BG. nicht in Zweifel gezogen, ebensowenig, daß die Kl. in derselben Weise früher hätte vorgehen können.

Die Rüge ist nicht begründet. In der von der Rev. angeführten Entsch. des Sen.: RGZ. 134, 38 = JW. 1932, 942[9] m. Anm. ist zwar ausgesprochen, daß die Kenntnis des Kl. von der Wettbewerbshandlung des anderen für die Verwirkung keine notwendige Voraussetzung bilde. Der Grundsatz von Treu und Glauben stehe der Rechtsverfolgung entgegen, wenn sie so spät erfolgt, daß der andere Teil seinen inzwischen mit Mühe und Kosten geschaffenen Besitzstand als einen vom Kl. geduldeten ansehen dürfe. Es wird aber hinzugefügt, entscheidend seien die Umstände des einzelnen Falles. Danach kann die Unkenntnis des Kl. von der Unrichtigkeit der Behauptung, hier der Firmenbezeichnung des Wettbewerbes, doch im einzelnen Falle die Verwirkung ausschließen, insbes. wenn es, wie im vorl. Falle, für den Mitbewerber nicht leicht ist, festzustellen, auf welche Patente der andere seine Bezeichnung stützt, und er vom Bekl. eine Auskunft nicht zu erwarten hat, dieser sich vielmehr auf den Standpunkt stellt, daß er zur Auskunftserteilung nicht verpflichtet ist. Außerdem kann sich eine Partei auf Verwirkung nicht berufen, wenn die von ihr gebrauchte Bezeichnung geeignet ist, die Verbraucher irrezuführen.

(RG., II. ZivSen., U. v. 19. Febr. 1937, II 197/36.) [W. R.]

Zugabeverordnung und Rabattgesetz

**** 5. RG. — § 1 ZugabeVO.; §§ 1, 7 RabattG.**

1. Der Sinn und Zweck des Zugabeverbotes ist im wesentlichen aus der ZugabeVO. selbst abzuleiten.

2. Das Zugabeverbot setzt in erster Linie eine Täuschung des Publikums voraus, dem neben der Hauptleistung ohne erkennbares Entgelt eine Nebenleistung angeboten oder gewährt wird. Dabei ist nicht ausschlaggebend, ob dem Kunden erkennbar wird, daß es nicht der Verkäufer der Hauptleistung ist, dem er den vermeintlichen Vorteil verdankt.

3. Der nach dem Gesetz über das Zugabeverbot verlangte innere Zusammenhang zwischen dem Hauptrechtsgeschäft und dem Nebenrechtsgeschäft (die Zugabe muß neben einer Ware oder Leistung angeboten ... werden) ist gegeben, wenn die Zugabe mit Rücksicht auf den Erwerb der Hauptware angeboten oder gewährt wird, mag beides zeitlich zusammenfallen oder das eine dem anderen vorausgehen oder nachfolgen.

4. § 7 RabattG., der die Zulässigkeit des Mengenachlasses regelt, kommt nicht in Betracht, wenn es sich um eine fortlaufende, nach Menge und Dauer unbestimmte, vom Abnehmer nur in regelmäßigen Abständen in Höhe der jeweiligen Entnahme zu bezahlenden Lieferung (z. B. Gasabnahme) handelt.

5. Auch ein Monopolbetrieb unterliegt den wettbewerbsrechtlichen Vorschriften, wenn er seinen Betrieb dadurch zu erweitern sucht, daß er Kunden zu gewinnen trachtet, die ihm bisher fernstanden.

Die Bekl. zu 1), die ein Gaswerk betreibt, erklärte sich im Jahre 1935 durch Zuschriften an die mit ihr zu einer Gasgemeinschaft zusammengeschlossenen Fachgeschäfte ihres Versorgungsgebietes bereit, den Käufern von Gasgeräten auf Antrag bestimmte Mengen Freigas zu gewähren. Mit ihrem Wissen und Willen gaben dies die in Betracht kommenden Geschäfte durch Aushänge in ihren Schaufenstern bekannt, und zwar die Bekl. zu 2) entsprechend der Zusage der Bekl. zu 1) durch eine Erklärung folgenden Inhalts:

Das Gaswerk liefert Freigas beim Kauf eines Gaskochers 20 cbm, eines Gasherds 40 cbm, eines Junkers Quell 10 cbm, eines Badeofens 30 cbm, eines Stromautomaten 50 cbm.

Gleichzeitig erbot sich die Bekl. zu 1), Verkäufe von Gasgeräten in der Weise zu finanzieren, daß sie dem Händler den Kaufpreis unter Abzug von 3% Skonto sofort zahle, dem Käufer aber die Möglichkeit einräume, den Kaufpreis zuzüglich eines Ratenzuschlags von 6% in zwölf gleichen monatlichen Teilzahlungen an sie zu entrichten, während ihr das Eigentum an dem verkauften Gasgerät bis zur völligen Tilgung des Kaufpreises einzuräumen sei. Zur Erlangung dieser Vergünstigung bedurfte es der Einreichung eines vom Käufer zu unterzeichnenden „Bestellscheins“ des Inhalts, daß dieser „bei den städtischen Gas- und Wasserwerken zur Belieferung und Anbringung durch Herrn ...“ das gewünschte Gasgerät bestelle. Die Urkunde lautet weiter:

„Ich verpflichte mich, bei Montage des bestellten Gegenstandes eine Anzahlung von ... *RM* zu leisten und den Restbetrag in zwölf aufeinander folgenden Monatsraten von je ... *RM*, beginnend am ..., zu zahlen.

Bis zur völligen Bezahlung der Raten habe ich die gelieferten Gegenstände gemietet und bleiben diese bis dahin Eigentum der städt. Gas- und Wasserwerke.

Die städt. Gas- und Wasserwerke sind zur Rücknahme berechtigt, wenn die fällige Monatszahlung nicht zwei Wochen nach Vorlage der Quittung bezahlt oder diesen Bedingungen zuwidergehandelt wird. Die bis dahin geleisteten Zahlungen werden nicht zurückerstattet.

Nach Zahlung der sechsten Rate werden mir an meiner Gasverbrauchsrechnung ... cbm Freigas in Abzug gebracht.“

Die der Gasgemeinschaft angeschlossenen Geschäfte verkaufen ihre Gasgeräte ohne Rücksicht auf das von der Bekl. zu 1) zugesagte Freigas zu den auch anderwärts üblichen Preisen.

Der Kl., der seine Klagebefugnis aus seiner Aufgabe herleitet, die gewerblichen Belange seiner Mitglieder zu fördern, erblickt in der Ankündigung und Gewährung von Freigas durch die Bekl. einen Verstoß gegen die VO. des RPräs. zum Schutze der Wirtschaft v. 9. März 1932 (RGBl. I, 121) i. Verb. m. dem Ges. über das Zugabewesen v. 12. Mai 1933 (RGBl. I, 264) und gegen das Ges. über Preisnachlässe (RabattG.) vom 25. Nov. 1933 (RGBl. I, 1011), aber auch gegen die allgemeinen Bestimmungen des Wettbewerbsrechts. Er macht noch geltend, daß die Bekl. zu 1) auf Wunsch der Kunden an Stelle der zugesagten Lieferung von Freigas auch den entsprechenden baren Geldbetrag vergütet habe. Er hat im ersten Rechtszuge beantragt, den Bekl. als Gesamtschuldnern zu verbieten, der Kundschaft beim Kaufe von Gaskochern, Gasherden, Warmwasserapparaten, Badeöfen, Stromautomaten und elektrischen Geräten die Zugabe von Freigas anzupreisen.

Die Bekl. bestreiten, daß jemals an Stelle von Freigas der entsprechende Geldbetrag gewährt worden sei, halten aber auch im übrigen das Klagebegehren nicht für begründet, weil

eine Zugabe oder ein Preisnachlaß i. S. der angeführten Vorschriften nicht vorliege, zum mindesten die Ausnahmebestimmungen einschlügen, zufolge deren die Gewährung einer Zugabe oder eines Rabatts statthaft sei, und weil auch von einer Verletzung des UnlWG. keine Rede sein könne.

Gegen das der Klage stattgebende Urteil des LG. hat nur die Bekl. zu 1) Berufung eingelegt. Der Kl. hat unter Widerspruch der BerKl., die den Einwand der Klageänderung erhoben hat, den vom BG. trotz der *Mehr*forderung auffallenderweise als Hilfsantrag bezeichneten Antrag gestellt, dieser in dem im landgerichtlichen Urteil ausgesprochenen Umfange nicht nur das Anpreisen, sondern auch das *Gewähren* der Zugabe von Freigas zu untersagen. Er hat ferner seinen Hauptantrag sowie den Hilfsantrag nur mit der Maßgabe gestellt, daß die Worte „und elektrische Geräte" aus der Urteilsformel zu streichen seien.

Das OLG. Hamm hat die Berufung der Bekl. zu 1) — unter Neufassung der Formel des angefochtenen Urteils durch Weglassung der Worte „und elektrische Geräte" — zurückgewiesen. Die Rev. wurde zurückgewiesen.

Die ZugabeVO. v. 9. März 1932 hat die Zugabe grundsätzlich verboten und sich damit im Meinungsstreit über die wirtschaftliche und wettbewerbliche Berechtigung des Zugabewesens auf die Seite derer gestellt, die in der unbegrenzten Anwendung solcher Wertreklame und der dadurch hervorgerufenen Beunruhigung im Geschäftsleben eine Gefahr für die Wirtschaft erblicken, der im Interesse der Ordnung und Sauberkeit des geschäftlichen Verkehrs begegnet werden müsse. Soweit es hierbei — so wird in der Begründung der ZugabeVO. ausgeführt — unbedenklich erschien, dem Handel die Bewegungsfreiheit zu lassen, deren er bedarf und die ohne Gefahr für das kaufende Publikum eingeräumt werden kann, ist dies durch die im § 1 Abs. 2 der VO. vorgesehenen Ausnahmen geschehen. Nachdem deren Kreis durch die in dem Ges. über das Zugabewesen v. 12. Mai 1933 erfolgte Aufhebung der Vorschrift des § 1 Abs. 2e ZugabeVO. auf die übrigen in Abs. 2 genannten Fälle beschränkt worden ist, steht nunmehr fest, in welchem Maße der Gesetzgeber durch die von ihm getroffene Regelung wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten hat Geltung verschaffen wollen. Diese haben, soweit sie ihm beachtlich erschienen, in den jetzt noch in Kraft stehenden Bestimmungen der ZugabeVO. ihren Niederschlag gefunden und können bei der Prüfung dessen, was als unerlaubte Zugabe i. S. des Gesetzes anzusehen sei, nur noch insoweit von Bedeutung sein, als sie der Gesetzgeber seiner Entschließung erkennbar zugrunde gelegt hat. Welches der Sinn und Zweck des Zugabeverbots ist, muß also im wesentlichen aus der ZugabeVO. selbst abgeleitet werden, und nur soweit die amtlichen Erläuterungen dazu weiteren Aufschluß darüber geben, welche wirtschafts- und rechtspolitischen Erwägungen für den Inhalt des Gesetzes bestimmend gewesen sind, ist es gerechtfertigt, hieraus Schlüsse auf dessen Tragweite zu ziehen. Nun ist der Rev. zuzugeben, daß eine Bestimmung des Begriffs „Zugabe" lediglich nach der äußeren Erscheinungsform des Wirtschaftsvorgangs nicht dem gerecht wird, was das Gesetz unter einer Zugabe versteht. Soweit es mit seinem Verbot Vorgänge des Wirtschaftslebens treffen will, die wegen ihrer wettbewerblichen Bedeutung unterdrückt werden sollen, bedarf es des Hinzutretens besonderer Umstände, die das Wesen der zu erfassenden Wettbewerbshandlung ausmachen. Insoweit kommt in erster Linie in Betracht, daß das Publikum getäuscht wird, wenn ihm neben der Hauptleistung ohne erkennbares Entgelt eine Nebenleistung angeboten oder gewährt wird. Es soll mit dem falschen Eindruck geworben werden, als erhalte der Kunde über die Hauptleistung hinaus eine zusätzliche Leistung, deren Wert er nicht oder doch nicht voll zu vergüten brauche. Dabei ist nicht ausschlaggebend, ob dem Kunden erkennbar wird, daß es nicht der Verkäufer der Hauptleistung ist, dem er den vermeintlichen Vorteil verdankt. Ist dieser überhaupt in der Lage, seine Leistung dem Kunden durch die Zusage oder Verschaffung einer dem Anscheine nach unentgeltlichen Zusatzleistung besonders erstrebenswert erscheinen zu lassen, so macht er sich die auf einer Irreführung des Kunden beruhende Werbekraft seines Angebots zunutze, mag diesem auch klar sein, daß die Zusatzleistung nicht aus dem Vermögen des Verkäufers der Hauptleistung stammt. Diese Gesichtspunkte hat das BG. nicht verkannt. Es hat mit Recht angenommen, daß auch die Ankündigung und Gewährung von Freigas beim Verkauf eines Gasgeräts ihrer wettbewerblichen Bedeutung nach die Voraussetzungen aufweist, die das Gesetz über den Begriff der verbotenen Zugabe erfordert. Wenn es die Gefahr einer Täuschung des Kunden über die wirtschaftlichen Vorteile des ihm angetragenen Geschäfts für gegeben hält, weil diesem nicht erkennbar sei, ob er etwa in dem Preis für das Gasgerät auch das Freigas, wenn auch nur zum Teil, mitbezahle, so kann dem nicht, wie es die Rev. tut, damit entgegengetreten werden, daß der Käufer des Gasgeräts wisse, zu welchem Preise dieses auch sonst feilgehalten werde, und daß er nicht mehr dafür bezahle, als es auch ohne das Freigas kosten würde. Gerade der Umstand, daß er für den ihm bekannten Preis des Gasgeräts außer diesem auch noch Freigas erhalten soll, muß in ihm den Glauben hervorrufen, daß ihm damit ein besonderer Vorteil geboten werde, den er nicht zu bezahlen brauche. Es kommt ihm nicht zum Bewußtsein, daß auch das Gaswerk mit der Freigasgewährung seinen Nutzen sucht, indem es ihn durch sein Angebot dem Erwerb eines Gasgeräts geneigt macht und so veranlaßt, einen Gaslieferungsvertrag einzugehen, bei dem schließlich er es ist, der dem Gaswerk in Wahrheit den wirtschaftlichen Gegenwert für seine vermeintliche Freigebigkeit gewährt. Ebensowenig kann es seine Meinung, daß ihm mit der Lieferung von Freigas eine unentgeltliche Zusatzleistung geboten werde, beeinträchtigen, wenn er etwa annimmt, der Verkäufer des Gasgeräts habe dem Gaswerk hierfür irgendwie einzustehen. Denn es ist für ihn nicht wesentlich zu wissen, auf wessen Rechnung die Zuwendung geht, sofern er nur glauben kann, sie nicht selbst bezahlen zu müssen. Hat mithin das Angebot von Freigas beim Erwerb eines Gasgeräts auf jeden Fall die Wirkung, beim Käufer den Eindruck einer ihm ohne sein Zutun und ohne Entgelt zufallenden Mehrleistung zu erwecken, ihn damit bei der Abwägung der Vorteile und Nachteile eines Gasgerätekaufs zu beeinflussen und ihn durch den Anschein einer besonderen, außerhalb des eigentlichen Gegenstands des Hauptgeschäfts liegenden Vergünstigung in dem Entschluß, ein Gasgerät zu erwerben, zu bestärken, so liegt darin ein Mangel an Preisklarheit, der die Gefahr einer Täuschung des Kunden begründet. Es mag sein, daß, wie die Rev. weiter hervorhebt, das Gesetz die Zugabe auch um deswillen für unerwünscht hält und verbietet, weil durch die in Gestalt der Nebenleistung erfolgenden Warenlieferungen seitens branchefremder Personen die Belange des Fachhandels beeinträchtigt werden. Aber auch von dieser wettbewerblichen Wirkung ist das Vorgehen der Bekl. nicht frei. Wirbt der Verkäufer von Gasgeräten für seine Waren mit der Anpreisung von Freigas, so greift er damit in den Gewerbebereich derer ein, denen an einer Verwendung anderer Heizmittel als Gas gelegen ist. Es sind dies vor allem die Gewerbe, die sich für den Gebrauch fester Heizstoffe einsetzen, also der Kohlenhändler, Ofensetzer und andere. Wendet sich, wie hier, der Kohlenhandel gegen das Vorgehen der Bekl., so tut er dies nicht in dem Gedanken, dem berechtigten Bestreben des Gaswerks, den Absatz seines Erzeugnisses zu fördern, entgegentreten zu können, sondern in der Erwägung, daß eine solche Werbung zu beanstanden sei, wenn sie durch das Angebot von Freigas seitens der Gasgerätehändler erfolgt, die mit dem Gasvertrieb selbst nichts zu tun haben. Daß auch der Kohlenhandel kein Gas vertreibt, ist hierbei unerheblich. Als Fachhandel, der durch das Vorgehen der Bekl. benachteiligt wird, hat er auf jeden Fall insofern zu gelten, als er sich ebenso wie das Gaswerk mit dem Vertrieb von Heizstoffen befaßt. Tut ihm der Gasgeräteverkäufer auf diesem Gebiete Abbruch, indem er Freigas anbietet, so fehlt seinem Verhalten auch im Hinblick auf seine Wirkung gegenüber dem Fachhandel nicht die wettbewerbliche Bedeutung, wegen deren das Gesetz die Zugabe untersagt.

Soweit es die Rev. bemängelt, daß das BG. in der Ankündigung und Gewährung von Freigas beim Kauf eines Gasgeräts auch nach dem Sprachgebrauch eine Zugabe erblickt, ist nicht einzusehen, inwiefern eine solche, sich auf die Anschauungen des täglichen Lebens stützende Auslegung unzulässig sein sollte.

Sie ist um so mehr berechtigt, als die ZugabeVO. selbst keine nähere Bestimmung darüber enthält, was unter einer Zugabe zu verstehen sei, sich vielmehr darauf beschränkt, eine Zugabe zu verbieten, wenn sie im geschäftlichen Verkehr neben einer Ware oder einer Leistung angeboten, angekündigt oder gewährt wird. Wenn das BG. unter Berücksichtigung des Sprachgebrauchs auch eine Zuwendung von Freigas als Zugabe ansieht, so will es damit offenbar nur zum Ausdruck bringen, daß es sich dabei um einen Vorgang handelt, der angesichts seiner äußeren Merkmale und seiner wirtschaftlichen Bedeutung auch nach der Auffassung des täglichen Lebens und des Verkehrs nicht anders gewertet wird. Es handelt sich um die Zuwendung eines Vermögenswerts, der neben einer Hauptware gewährt wird und gewichtig genug ist, um dem Käufer deren Erwerb eben im Hinblick auf die in Aussicht gestellte Vergünstigung besonders vorteilhaft erscheinen zu lassen. Das Vorbringen der Rev. läßt nicht erkennen, inwiefern diese Auffassung nicht mit dem Begriff der Zugabe im Einklang stünde, von dem das Gesetz ausgeht. Will sie geltend machen, daß hierbei der nach dem Sinn und Zweck der ZugabeVO. wesentliche Gesichtspunkt der Täuschung des Publikums und der Schädigung des Fachhandels nicht genügend berücksichtigt werde, so steht dem entgegen, was das BG., wie oben ausgeführt, auch insoweit zutreffend erwogen hat. Daß ihre Meinung, es werde auch im täglichen Leben nicht als Zugabe bezeichnet, wenn ein anderer als der Verkäufer der Hauptsache eine Vergünstigung gewähre, unrichtig ist, ergibt sich ebenfalls aus dem vorher Dargelegten: der Verkehr betrachtet als Zugabe, was dem Käufer vermöge des ihm vom Verkäufer gemachten Angebots über die Hauptleistung hinaus ohne besonderes Entgelt zufällt, unerachtet dessen, aus wessen Vermögen der Mehrwert stammt.

Die Rev. wendet sich weiter gegen die Ansicht des BG., daß der für den Begriff der Zugabe wesentliche Zusammenhang zwischen Hauptleistung und Nebenleistung gegeben sei.

Nach dem Gesetz liegt ein Zugabegeschäft vor, wenn die Zugabe n e b e n einer Ware oder Leistung angeboten, angekündigt oder gewährt wird. Der damit verlangte innere Zusammenhang zwischen dem Hauptrechtsgeschäft und dem Nebenrechtsgeschäft ist gegeben, wenn die Zugabe mit Rücksicht auf den Erwerb der Hauptware angeboten oder gewährt wird, mag beides zeitlich zusammenfallen oder das eine dem anderen vorausgehen oder nachfolgen. Die Zugabe muß geeignet und bestimmt sein, den Empfänger in seiner Entschließung zum Erwerb der Hauptleistung zu beeinflussen. Ob dieser Zusammenhang besteht, kann nur nach den besonderen Umständen des Falles beurteilt werden. Kann er selbst dann gegeben sein, wenn die Zuwendung im Hinblick auf einen sich über längere Zeit erstreckenden Gesamtbezug gewährt wird (vgl. RGZ. 149, 242, 249 = JW. 1936, 713 [1]), so muß er erst recht vorliegen, wenn, wie hier, die Nebenleistung ausdrücklich nur in Verbindung mit der Abnahme einer bestimmten Hauptleistung zugesagt wird und ohne sie überhaupt nicht erworben werden kann. Diese enge Verknüpfung von Haupt- und Nebenleistung liegt auch durchaus im Willen der Bekl. Bedient sich der Gasgeräteverkäufer des Hinweises auf die Freigaslieferung, um dem Kunden den Erwerb eines Gasgeräts als besonders vorteilhaft erscheinen zu lassen und so seinen eigenen Absatz zu fördern, so will auch das Gaswerk in gleicher Richtung wirken, wenn es jenen in die Lage versetzt, Freigas anzubieten: es erwartet eine Hebung seines Gasabsatzes, wenn es gelingt, durch den Verkauf eines Gasgeräts einen neuen Gasbedarf zu schaffen. Die Gemeinsamkeit der wirtschaftlichen Interessen, die durch die Verbindung des Gasgeräteverkaufs mit der Freigasgewährung gefördert werden sollen, besteht also, obwohl der Geräteverkäufer und der Lieferant des Freigases nicht personengleich sind. Sie kommt auch dadurch nicht in Wegfall, daß das Gaswerk nicht im Auftrag oder für Rechnung des Geräteverkäufers handelt. Es genügt, daß beide auf gemeinsames Zusammenwirken angewiesen sind, wenn die Ankündigung und Gewährung von Freigas den von ihnen erstrebten Erfolg haben soll, der Gasgerätehändler, sofern er ohne Mitwirkung des Gaswerks nicht imstande wäre, seinen Kunden neben dem Gasgerät den Vorteil der Freigaslieferung zukommen zu lassen und sie damit einem Erwerb seiner Geräte geneigt zu machen, das Gaswerk, indem es sein Werbemittel ohne die Unterstützung des Apparateverkäufers nicht mit gleichem Erfolge zur Geltung bringen könnte. Der Rev. kann nicht beigetreten werden, wenn sie das Bestehen eines inneren Zusammenhanges zwischen dem Geräteverkauf und der Freigaslieferung mit dem Hinweise darauf verneinen zu können glaubt, daß die Bekl. zu 1) mit der Gewährung von Freigas lediglich eigene Interessen verfolge. Soweit für diese der Zweck der Arbeitsbeschaffung bestimmend ist, kann dies nichts daran ändern, daß das Mittel, dessen sie sich hierzu bedient, nur wirksam werden kann, wenn neue Gasgeräte verkauft, also auch die Geschäfte der Apparatehändler gefördert werden. Der Gesichtspunkt der Arbeitsbeschaffung vermag auch im übrigen das Vorgehen der Bekl. seiner wettbewerblichen, für das Vorliegen einer Zugabe i. S. des Gesetzes wesentlichen Bedeutung für das Publikum und den Fachhandel fester Heizstoffe nicht zu entkleiden, und zwar für letzteren schon deshalb nicht, weil jede Hebung des Absatzes von Gas und Gasgeräten notwendig zu einer Arbeitsverringerung bei den für die Verwendung fester Heizstoffe eintretenden Gewerben führen muß. Ebensowenig kann sich die Bekl. zu 1) mit Erfolg darauf berufen, daß sie Freigas nur gewähre, um den Käufern von Gasgeräten das mit unwirtschaftlichem Gasverbrauch verbundene Einarbeiten in deren Gebrauch zu erleichtern. Wenn die Rev. hierbei geltend macht, das Freigas werde bei jeder neuen Inbetriebsetzung eines Gasapparates geliefert, gleichviel, ob und wo dieser gekauft, ob er dem Benutzer geschenkt worden sei oder aus welchem sonstigen Rechtsgrunde dieser ihn verwende, so steht dies mit dem erwiesenen Sachverhalt zum mindesten insofern nicht im Einklang, als nach dem unstreitigen Parteivorbringen nur solche Gerätekäufe einen Anspruch auf Freigas begründen, die bei einem der Gasgemeinschaft angehörenden Händler abgeschlossen werden. Ergibt sich schon hieraus, daß die Werbewirkung der Freigasgewährung nach dem Willen des Gaswerks gerade nur den Geräteverkäufern zugute kommen soll, die sich mit ihm zur Förderung gemeinsamer Interessen verbunden haben, so erscheint der von der Rev. hervorgehobene Beweggrund, durch die Gewährung von Freigas dem Käufer die Einarbeitung in den Gebrauch des neuen Geräts zu erleichtern, auch sonst nicht geeignet, um ein ausschließlich eigenes Interesse der Bekl. zu 1) an der Freigasabgabe darzutun. Die Menge des zu gewährenden Freigases bemißt sich keineswegs nach Umständen, die für eine Ausprobierung des Geräts von Bedeutung sein könnten. Sie richtet sich nicht nach der Schwierigkeit seiner Bedienung oder der größeren oder geringeren Erfahrung des Käufers in seiner Behandlung, sondern stuft sich lediglich nach der Art des gekauften Geräts und der Höhe des Gasbedarfs ab, mit dem das Gaswerk bei dessen zu erwartender verkehrsüblicher Benutzung rechnen zu können glaubt. Daß dieser Gasbedarf eintritt, hängt aber gerade von dem Zustandekommen des Gerätekaufs ab, der dem Kunden durch das Freigasangebot nahegelegt werden soll. An dessen Werbewirkung nimmt der Geräteverkäufer ebenso teil wie das Gaswerk. Die wirtschaftlichen Interessen beider gehen insoweit Hand in Hand und werden durch ein und dasselbe Mittel in gleicher Richtung gefördert. Es ist nicht an dem, daß, wie die Rev. meint, dem Gaswerk nur an der Gaslieferung, dem Händler lediglich am Apparateverkauf liege. Das Gaswerk kann vielmehr durch die Gewährung von Freigas eine Erhöhung seines Gasabsatzes nur erreichen, wenn seine Maßnahme auch dem Gasgerätehändler zu einer Steigerung seines Umsatzes an Gasgeräten verhilft. Dieser wiederum will in erster Linie seinen eigenen Vorteil wahrnehmen und nicht lediglich dem Gaswerk zu Diensten sein, wenn er die Zugkraft seines Warenangebots durch den Hinweis auf die Freigasgewährung verstärkt. Die enge Bindung der beiderseitigen, in gleicher Richtung liegenden Interessen an die Werbemaßnahme der Freigasgewährung unterscheidet auch den zur Erörterung stehenden Sachverhalt wesentlich von dem von der Rev. als gleichliegend angeführten Falle der Verschaffung verbilligter Theater- oder Konzertkarten, die die Reichsrundfunkgesellschaft ihren sich als solche ausweisenden Hörern zur Verfügung stellt. Mag zwar auch hier eine Interessenverknüpfung zwischen der Rundfunkgesellschaft und

dem Theater- oder Konzertunternehmen insofern bestehen, als diesem daran gelegen ist, daß der große Kreis der Rundfunkhörer auf die verbilligte Bezugsmöglichkeit hingewiesen wird, während der Rundfunk durch die Vermittlung verbilligter Eintrittskarten einen Anreiz bietet, Rundfunkhörer zu werden, so tritt doch angesichts der überragenden Werbekraft, die dem Rundfunk schon kraft der ihm eigentümlichen Leistung zukommt, der Gesichtspunkt neuen Hörergewinns durch Beschaffung verbilligter Eintrittskarten gänzlich in den Hintergrund. Kommt es, wie oben ausgeführt, für das Bestehen eines Zusammenhanges zwischen Haupt- und Nebenleistung, ohne den von einem Zugabegeschäft nicht gesprochen werden kann, wesentlich auf die besonderen Umstände des Falles an, so kann daraus, daß in dem von der Rev. angeführten Beispiel die Gemeinsamkeit der Interessen und der innere Zusammenhang zwischen Haupt- und Nebenleistung möglicherweise nicht stark genug ist, um die Verschaffung verbilligter Eintrittskarten als Zugabe des Rundfunks zu seiner eigentlichen Leistung erscheinen zu lassen, nicht gefolgert werden, daß gleiches auch für den zur Erörterung stehenden Fall gelten müsse.

Daß auch im übrigen die Voraussetzungen vorliegen, die das Verhalten der Bekl. zu 1) als Verstoß gegen § 1 Abs. 1 ZugabeVO. kennzeichnen, ergeben die weiteren Ausführungen des BG. Dieses stellt fest, daß die Bekl. zu 1) den Fachgeschäften die Ankündigung von Freigas durch die Mitteilung, solches gewähren zu wollen, erst ermöglicht, von den Aushängen in den Schaufenstern auch der Bekl. zu 2) Kenntnis gehabt und sie gebilligt, auch keine Schritte unternommen habe, um sie entfernen zu lassen. Es folgert hieraus mit Recht ein einverständliches Zusammenwirken der Bekl., für das auch die Bekl. zu 1) einzustehen habe. Es kann ebensowenig bezweifelt werden, daß diese im geschäftlichen Verkehr gehandelt hat. Mit dem Betriebe eines Gaswerks erfüllt die Bekl. zu 1) nicht eine ihr als Trägerin hoheitlicher Gewalt obliegende öffentlich-rechtliche Aufgabe, sondern sie übt eine auf Erwerb gerichtete Tätigkeit aus, mit der sie am Wettbewerbsleben teilnimmt. Die Rev. hat denn auch gegen das angefochtene Urteil Angriffe in dieser Richtung nicht erhoben.

Soweit die Rev. weiter geltend machen will, daß die Freigasgewährung als Zugabe zur künftigen Gaslieferung anzusehen sei, könnte ihr auch unter diesem Gesichtspunkt kein Erfolg zuteil werden. Es läge in solchem Falle ein Mengenrabatt vor, wie er allerdings in § 1 Abs. 2 c ZugabeVO. unter gewissen Voraussetzungen für zulässig erklärt wird. Da es sich aber bei der Lieferung von Gas zur Verwendung im Haushalt, die hier allein in Betracht kommt, um die Veräußerung einer Ware des täglichen Bedarfs im Einzelhandel an den letzten Verbraucher handelt, bleibt für eine Anwendung dieser Bestimmung kein Raum. Es greifen vielmehr die Vorschriften des RabattG. v. 25. Nov. 1933 Platz, die für ihren Geltungsbereich denen der ZugabeVO. vorgehen. Nach § 7 RabattG. kann ein Mengennachlaß gewährt werden, wenn mehrere Stücke oder eine größere Menge von Waren in einer Lieferung veräußert werden und ein Mengennachlaß nach Art und Umfang sowie nach der verkauften Stückzahl oder Menge als handelsüblich anzusehen ist; er kann weiter nur entweder durch Hingabe einer bestimmten oder auf bestimmte Art zu berechnenden Menge der verkauften Waren oder durch einen Preisnachlaß gewährt werden. Danach fehlt es aber an den Voraussetzungen, unter denen eine Freigasgewährung als Mengenrabatt statthaft sein könnte, in mehrfacher Hinsicht. Wie schon das LG. zutreffend ausgeführt hat, läßt sich weder eine Handelsüblichkeit solchen Nachlasses erweisen — die Bekl. zu 1) hat nichts vorgebracht, was eine dahin gehende Feststellung zuließe —, noch kommt eine Mehrveräußerung in e i n e r Lieferung in Betracht, von der nur gesprochen werden könnte, wenn ein auf eine bestimmte Menge gerichteter Kaufvertrag vorläge, der vom Verkäufer in einer wenn nicht zeitlich, so doch rechtlich einheitlichen Handlung zu erfüllen wäre. Das ist nicht der Fall, wenn es sich um eine fortlaufende, nach Menge und Dauer unbestimmte, vom Abnehmer nur in regelmäßigen Abständen in Höhe der jeweiligen Entnahme zu bezahlende Gasabgabe handelt. Bei der Unbestimmtheit und Unbestimmbarkeit der Leistung fehlt es endlich auch an der Möglichkeit, das zusätzlich gewährte Freigas mengenmäßig in bestimmte Beziehung zur verkauften Ware zu setzen, wie es § 7 RabattG. für die Zulässigkeit eines Mengennachlasses fordert. Die Bekl. zu 1) könnte sich zur Rechtfertigung ihres Vorgehens auch nicht darauf berufen, daß das RabattG. auf sie keine Anwendung finde, weil sie als Monopolbetrieb nicht zu Zwecken des Wettbewerbs handele (§ 1 RabattG.). Auf Grund ihrer Monopolstellung mag sie außerhalb des Wettbewerbs stehen, soweit ihrer Betätigung eine Wettbewerbsabsicht fremd ist und Mitbewerber, die dadurch berührt werden könnten, fehlen. Es mag ihr deshalb vom wettbewerblichen Standpunkt aus nicht zu verwehren sein, wenn sie einzelnen oder einzelnen Gruppen ihrer Gasabnehmer Sondervorteile einräumt, weil ihr dies aus sozialen oder betriebswirtschaftlichen Gründen angemessen erscheint. Sie hält sich damit innerhalb eines Bereichs geschäftlicher Betätigung, der zufolge ihrer Monopolstellung einem Eindringen fremder Wettbewerber ohnehin verschlossen ist. Sucht sie hingegen ihren Monopolbetrieb zu erweitern, indem sie Kunden zu gewinnen sucht, die ihm bisher fernstanden, so begibt sie sich auf ein Gebiet wettbewerblichen Handelns, auf dem sie den hierfür maßgebenden gesetzlichen Vorschriften ebenso unterworfen ist wie jeder sonstige Wettbewerber. Es steht dann nicht mehr in Frage, wie sie sich innerhalb ihres Monopolbereichs einrichtet, sondern inwieweit sie berechtigt ist, diesen auf Kosten konkurrierender Geschäftszweige, wie der für die Verwendung fester Heizstoffe eintretenden Berufe, auszudehnen. An die hierfür durch das Wettbewerbsrecht, also auch das RabattG., gezogenen Schranken ist sie trotz ihres öffentlich-rechtlichen Charakters gebunden (vgl. RGZ. 132, 296, 300 = JW. 1931, 1915 [29]). Darauf, daß an sich ein Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs schon dann gegeben ist, wenn man fremden Wettbewerb fördert, kommt es daher hier nicht an.

Die Rev. meint ferner, daß, wenn eine rechtlich erhebliche Verkoppelung des Geschäfts des Apparatehändlers mit dem des Gaswerks wirklich vorliege, dann auch dem Gasgeräteverkäufer die laufende Gaslieferung durch das Gaswerk zugute gehalten werden müsse mit der Folge, daß auf ihn § 1 Abs. 2 c ZugabeVO. und § 7 RabattG. ebenfalls unmittelbar anzuwenden seien. Was die Rev. hieraus für sich herleiten will, ist nicht ganz klar. Besteht ein innerer Zusammenhang zwischen dem Verkauf des Gasgeräts und der Gewährung des Freigases, der auf dem gemeinsamen wirtschaftlichen Interesse der Bekl. an der Förderung des Gasgeräteabsatzes beruht, und ist demgemäß das Freigas als Zugabe zum Gasgerät anzusehen, so scheitert eine Rechtfertigung seiner Gewährung unter dem Gesichtspunkt eines erlaubten Mengennachlasses daran, daß es sich bei Gerät und Gas nicht, wie beide von der Rev. angezogenen Bestimmungen voraussetzen, um dieselben Waren handelt. Soll hingegen das Freigas als erlaubte Zugabe oder erlaubter Rabatt zur künftigen Gaslieferung gelten (was nach den vorhergehenden Ausführungen nicht zutrifft), so ist nicht einzusehen, inwiefern der Auffassung der Rev. mit der Annahme gedient sein könnte, es bestehe ein innerer Zusammenhang zwischen dem Geräteverkauf und der Freigasabgabe, der doch eben wiederum nur ergäbe, daß das Freigas eine unzulässige Zugabe zum Gerät darstellt.

Das BG. unterscheidet zwischen den Fällen, in denen der Käufer die Gasgeräte bar bezahlt und in denen er den Kaufpreis in monatlichen Teilzahlungen begleicht. Es geht davon aus, daß der Käufer im ersten Falle nur mit dem Gasgerätehändler in vertragliche Beziehungen trete, während bei dem Kreditkauf ausweislich des Bestellscheins die Bekl. zu 1) — durch ihr Gaswerk — und der Käufer Vertragsparteien seien, der Gerätehändler hingegen nur eine Art Vermittler- oder Gehilfentätigkeit für die Bekl. zu 1) ausübe. Das BG. erachtet eine Zuwiderhandlung der Bekl. zu 1) gegen § 1 Abs. 1 ZugabeVO. beide Male für gegeben, im ersten Falle auf Grund ihres einverständlichen Zusammenwirkens mit der Bekl. zu 2), im zweiten insofern, als sie durch dieses Freigas als Zugabe zum Gasgerät habe anbieten lassen. Die Rev. bezeichnet die Auffassung des BG., es seien beim Erwerb eines Gasgeräts auf Teilzahlung lediglich der Käufer und die Bekl. zu 1) Vertragsparteien, als rechtsirrig. Sie trägt vor, daß das Gaswerk den Kauf nur finanziere, indem es dem Käufer ein Darlehn in

Höhe des Kaufpreises gewähre, den es für seine Rechnung an den Händler bezahle, daß es selbst aber nicht Verkäufer des Geräts sei, da es einen eigenen Handel mit solchen Geräten gar nicht betreibe, also auch weder Eigentum daran übertragen oder sich vorbehalten könne. Das BG. habe, so macht die Rev. unter Erhebung einer Verfahrensrüge aus § 139 ZPO. weiter geltend, bei näherer Prüfung des Bestellscheins die juristische Unhaltbarkeit seines Inhalts erkennen und sich veranlaßt sehen müssen, die wirkliche Rechtslage durch Ausübung seiner Fragepflicht aufzuklären. Dann hätte die Bekl. zu 1) den Sachverhalt näher dargelegt und ein Formular der Wirtschaftsgruppe Elektrizitätsversorgung beigebracht, durch das das Rechtsverhältnis zwischen Apparatehändler, Käufer und Kraftwerk in dem angegebenen Sinne klargestellt worden wäre. Ob dieses Vorbringen der Rev. begründet ist, kann dahinstehen. Soweit sie damit dartun will, daß auf Teilzahlung abgeschlossene Gerätekäufe nicht anders zu beurteilen seien, als die zwischen dem Käufer und dem Gerätehändler zustande gekommenen Bargeschäfte, kann es hierauf nicht mehr ankommen, wenn, wie oben ausgeführt, auch bei diesen die Freigasgewährung eine verbotene Zugabe darstellt. Für den Standpunkt der Rev. wäre nichts gewonnen, wenn ihre Ansicht über die rechtliche Bedeutung auch der Teilzahlungskäufe zuträfe.

Erachtet hiernach das BG. die ZugabeVO. auf das Verhalten der Bekl. zu 1) mit Recht für anwendbar, so ergibt sich ohne weiteres, daß auch § 1 Abs. 3 VO. verletzt ist, soweit die Zuwendung mit der Bezeichnung „Freigas" als unentgeltlich bezeichnet worden ist. Die dahingehende Ansicht des BG. läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen.

Der Spruch des Einigungsamts Frankfurt a. M. v. 9. Okt. 1935, auf den sich die Rev. bezieht, bietet keine Veranlassung zu einer abweichenden Beurteilung des Sachverhalts. Soweit er mit den vorstehenden Ausführungen nicht im Einklang steht, ergeben diese, weshalb ihm der Senat nicht beitritt.

Erweist sich hiernach der Unterlässungsanspruch des Kl., gegen dessen sich aus § 2 ZugabeVO. ergebende Sachbefugnis keine Bedenken bestehen, nach §§ 1 Abs. 1, 3 daselbst als begründet, so bedarf es keines weiteren Eingehens darauf, ob das Verhalten der Bekl. zu 1) auch gegen § 1 UnlWG. verstößt.

(RG., II. ZivSen., U. v. 9. Febr. 1937, II 162/36.) [W. R.]

⟨= RGZ. 154, 28⟩

Anmerkung: Dem Urteil stimme ich zu. Seine Bedeutung ist besonders groß. Die Freigasgewährung an Gasgerätekäufer war zum Kernstück der Wettbewerbshandlungen auf seiten der öffentlichen Hand geworden. Ihr entsprach die Freistromgewährung an die Käufer von Elektrogeräten. Das besondere dieses Wettbewerbsbildes lag darin, daß die öffentliche Hand sich mit privaten Unternehmern, den Gerätehändlern und Installateuren, zusammenschloß, um den Wettbewerbskampf der öffentlichen Hand gegen die private Wirtschaft, soweit sie sich um Brennstoff und Ofen gruppiert, erfolgreich zu gestalten. Wem im Konkurrenzkampf die öffentliche Hand beispringt, der ist gegenüber seinem Gegner, der ohne öffentliche Unterstützung auskommen muß, im Vorteil. Aber auch das immer unglückliche Wettbewerbshandeln der öffentlichen Hand gegen die private Wirtschaft wird umgekehrt durch die Verbindung mit Privatunternehmern bevorteilt.

Das Urteil beantwortet die Frage, ob für die öffentliche Hand im Wettbewerbskampf andere Regeln gelten als für die Privatwirtschaft, und ob die privaten Unternehmer, die gegen andere Teile der Privatwirtschaft gemeinsam mit der öffentlichen Hand ihren Wettbewerb treiben, dadurch eine rechtliche Sonderstellung gewinnen. Nicht geringer ist die Bedeutung, die das Urteil um dessentwillen besitzt, weil es Klarheit über den Zugabebegriff schafft. Es ist die erste reichsgerichtliche Zugabeentscheidung seit dem Urt. v. 10. Dez. 1935: JW. 1936, 713. Das Mißverstehen der Zusammenhangslehre dieses Urteils hat zu der Bildung eines verfehlten Zugabebegriffs in manchen Kreisen Anlaß gegeben. Weil in JW. 1936, 713 das RG. genötigt war, die im Hinblick auf eine Kette bestimmter rückliegender Einkäufe gewährte unentgeltliche Zuwendung eines Gegenstandes der im Hinblick auf einen einzelnen gegenwärtigen Einkauf unentgeltlich gewährten Zuwendung gleichzustellen, weil also das RG. die zeitliche Bedeutung des Wortes „neben" über die Gegenwart hinaus auch auf die Vergangenheit bezog, hat man geglaubt, das RG. wünsche eine weite Auslegung des Wortes „neben" und damit eine Anwendung der ZugabeVO. auf alle Wirtschaftsvorgänge, die sich in der äußeren Erscheinungsform nach gleichen.

Zwar sind dem das OLG. Hamm: JW. 1937, 1263; Reschreiter: GRUR. 1936, 697; Hecht: WiBlJHBl. 1936 Heft 11/12, 585; Wendlandt: „Überblick" 1937, 162 ff.; Wallichs: AWR. 1937, 24; Richter: JW. 1936, 2608; Schäfer: JW. 1936, 3436; Eule: WiBlJHBl. 1935 Heft 12, 814 und ich JW. 1936, 2369 ff., 2969 ff., 3294 ff. und 3437 ff.; ferner JW. 1937, 187 und 1937, 1264 sowie in „Kopplungsgeschäfte", Moeser-Verlag 1937, 49 ff., entgegengetreten. Nun stellt aber auch das RG. fest, daß „eine Bestimmung des Zugabebegriffs lediglich nach der äußeren Erscheinungsform der Wirtschaftsvorgänge" dem gesetzlichen Zugabebegriff nicht gerecht wird. Nicht jede unentgeltliche Zuwendung eines Gegenstandes ist eine Zugabe, auch dann nicht, wenn der Empfänger Kunde des Gegners ist. Das „neben" im Satz 1 Abs. 1 § 1 ZugabeVO. ist weder äußerlich noch weit auszulegen. Keineswegs stellt, wie Junckerstorff: AWR. 1936, 59 sagt, „§ 1 Abs. 1 NotVO. v. 3. März 1932 alles auf die äußere Erscheinungsform der Wettbewerbshandlung ab". Im Gegenteil: Die äußere Erscheinungsform ist belanglos. Der Händler mag dem Kunden unentgeltlich Gegenstände gewähren. Soll das verboten sein, so „bedarf es des Hinzutretens besonderer Umstände, die das Wesen der zu erfassenden Wettbewerbshandlung ausmachen". Damit bestätigt das RG. die Verfehltheit der von Junckerstorff noch in AWR. 1936, 60 betätigten Auffassung: „Wird neben einer Ware oder Leistung eine Zugabe gewährt, so fällt sie unter § 1 Abs. 1 ZugabeVO., ohne daß es darauf ankommt, welchem Zweck im einzelnen die Zuwendung dienen soll."

Welche besonderen Umstände sind es, die die unentgeltliche Gewährung eines Gegenstandes seitens des Verkäufers an den Kunden zu einem Fall der Zugabe werden lassen? Wohl gemerkt: Der Prachtkatalog, den der Händler dem Kunden unentgeltlich behändigt, ist ein Gegenstand, der neben einer Ware und gerade weil soeben der Käufer gekauft hat, oder weil er in der Vergangenheit mehrfach gekauft hat, oder weil er in der Zunkunft kaufen soll, gewährt wird. Und der Obstkorb, den zur Silbernen Hochzeit des Käufers der Händler spendet, steht äußerlich gesehen in einer Reihe neben den übrigen Vorgängen, die sich zwischen Käufer und Verkäufer vollziehen, neben den übrigen entgeltlichen Gewährungen von Ware. Und ebenso ist die äußere Erscheinungsform des Wettbewerbsvorganges dann die gleiche, wenn der Fabrikant dem Händler einen Verkaufsschrank leiht, wenn der Großhändler dem Kleinhändler Werbematerial im Werte von 100 RM umsonst zur Verfügung stellt, das vom Kleinhändler verteilt, für den Großhändler Werbung treiben soll. Und nicht minder ist die äußere Erscheinungsform des „neben" wiederum gegeben da, wo der Einzelhändler dem gleichen Kunden, dem er soeben für teures Geld eine Flasche Parfüm verkauft hat, eine billige neue Zahnbürste verkauft und leistet; oder wenn gar der Verkauf des teuren und des billigen Gegenstandes in einem Akte vorgenommen wird. Das „neben" ist angesichts der räumlichen Denkweise des Menschen schlechthin immer zu verzeichnen. Um so wichtiger ist es, daran festzuhalten, daß das RG. das Hinzutreten besonderer Umstände verlangt, soll dieses „neben" einmal den Tatbestand der Zugabe erfüllen.

Nur dann fällt das „neben" unter den Zugabebegriff, wenn der Verkäufer mit der Geschenkidee wirbt, wenn er in dem Kunden den falschen Eindruck erzeugt, der Kunde habe zu der bezahlten Ware eine zweite Ware unentgeltlich hinzu erhalten, so daß sich der Preis der bezahlten Ware um den nicht berechneten Preis der unbezahlten Ware verbillige. Dann ist die Preisunklarheit herbeigeführt, gegen die sich die ZugabeVO. wendet. Auch wenn der Kunde volkswirtschaftlich dahin aufgeklärt ist, daß die Verkäufer die Zugaben an irgendeiner Stelle wieder einkalkulieren, bildet er sich doch ein, daß der Preis des geschenkten Zuartikels zum mindesten nicht ganz bei der Kalkulation dieser gerade eben gekauften Hauptware einkalkuliert worden sei. Zumeist wird der Käufer die Hoffnung hegen, daß

der Verkäufer dasjenige, was ihm die Zugabegewährung kostet, auf die Käufer anderer Waren ganz oder überwiegend umlegt, daß also jedenfalls die Gesamtmasse der Käufer dieses Hauses die Unkosten mittrage, die die Zugabegewährung an ihn, den gegenwärtigen Käufer, verursacht. Wenn eine solche aktive Verwirrung der Preisklarheit vom Verkäufer angestrebt oder hingenommen wird, dann freilich ist die Publikumstäuschung gegeben, deren Bekämpfung Ziel der ZugabeVO. ist. Das setzt also voraus, 1. daß der Verkäufer einen Gegenstand schenkt, 2. daß der Verkäufer die unentgeltliche Gewährung des Gegenstandes derart von einem bestimmten Einkauf oder einer Kette bestimmter Einkäufe abhängig macht, daß der Käufer die Vorstellung, durch das Geschenk bereichert zu sein, in Verbindung bringt mit der Vorstellung, die er über den Preis der Hauptware hat, daß der Käufer also die vermeintliche Bereicherung durch das Geschenk abzieht von dem ihm berechneten Preis der Hauptware. Nur wenn der Käufer in der unentgeltlichen Zuwendung nach den besonderen Umständen eine ihm „ohne Entgelt zufallende Mehrleistung" zur Erfüllung des Hauptkaufs hinzu erblicken kann, wenn ihm abhängig von der Hauptleistung ein Gegenstand „ohne besonderes Entgelt zufällt", wenn ihm z. B. nur, weil er einen gewissen Apparat gekauft hat, von dem Verkäufer dieses Apparats oder seinem Hintermanne „eine gewisse Menge Gas" unentgeltlich zur Verfügung gestellt wird, nur dann handelt es sich um eine Zugabe, die „Zuwendung eines Vermögenswertes, der neben einer Hauptware gewährt wird, und gewichtig genug ist, um dem Käufer deren Erwerb eben im Hinblick auf die in Aussicht gestellte Vergünstigung besonders vorteilhaft erscheinen zu lassen". Dann entsteht in dem Kunden die falsche Vorstellung, als erhalte er über den Hauptgegenstand hinaus noch eine zusätzliche Leistung, einen Gegenstand, der ihm nicht berechnet wird und dessen Preis in der Kalkulation der Hauptware zum mindesten nicht voll berücksichtigt ist. Die Zusatzleistung muß, soll es sich um eine Zugabe handeln, im Gewande der Unentgeltlichkeit auftreten, eine „dem Anschein nach unentgeltliche Zusatzleistung" sein. Ich habe das in JW. 1936, 2969 ff. und 3294 ff. ausführlich dargelegt und in „Kopplungsgeschäfte" S. 11 ff. noch weiter ausgeführt.

Das Täuschungsmoment ist das wichtigste Motiv der ZugabeVO., aber „es mag sein", führt das RG. aus, „daß das Gesetz die Zugabe auch um deswillen für unerwünscht hält, und verbietet, weil durch die in Gestalt der Nebenleistung erfolgenden Warenlieferungen seitens branchefremder Personen die Belange des Fachhandels beeinträchtigt werden". Immer wieder wird der ZugabeVO. unterstellt, sie bezwecke einen absoluten Schutz der einzelnen Branche gegen Eingriffe seitens Branchefremder. Sie befaßt sich indessen gar nicht mit dem Fall, daß jemand, der hauptsächlich Waren aus einem bestimmten Branchekreise handelt, Waren aus einem anderen Branchekreis mit vertreibt, sondern schützt den Fachhandel nur dagegen, daß andere Händler, seien sie nun zu der Branche zu zählen oder nicht, die Gegenstände als Zugabe, also unentgeltlich um eines Hauptkaufs willen, abgeben, die der Fachhandel entgeltlich zu vertreiben sich zur Berufsaufgabe gesetzt hat. Das hat an dem Beispiel des Kopplungsverkaufs das OLG. Düsseldorf in dem Urt. vom 16. Juni 1937, Ss 53/37 entschieden. Ebenso die in der Anmerkung zu dem Urteil: JW. 1937, 186 zitierten Entscheidungen, ferner Culemann in „Kopplungsgeschäfte" S. 58 ff.

Daß der vom RG. ebenso wie von der herrschenden Lehre durchaus geforderte innere Zusammenhang zwischen Hauptkauf und unentgeltlicher Zuwendung eines Gegenstandes oder einer gewerblichen Leistung nicht durchbrochen wird, wenn der Verkäufer sich für die Gewährung der Zugabe eines Hintermannes bedient, hat das RG. auch für den Fall anerkannt, daß der Hintermann von der öffentlichen Hand verkörpert wird.

Die Zugehörigkeit zur öffentlichen Hand befreit nicht von der Beachtung der Wettbewerbsvorschriften. Freilich hat das Urteil nicht scharf genug erkannt, weshalb der Rundfunk, wenn er seinen Hörern verbilligte Eintrittskarten verschafft, anders zu beurteilen ist als das Gaswerk, das den Gasgerätekäufern eine bestimmte Menge Gas schenkt. Verboten ist von der ZugabeVO. nicht das verbilligte Mitliefern eines zweiten Gegenstandes aus eigener oder fremder Branche, sondern verboten ist nur die, wie das RG. selber sagt, „unentgeltliche Zusatzleistung", die „Zuwendung eines Vermögenswertes", sei es eines Gegenstandes oder eines Quantums Gas, das seiner unkörperlichen Natur wegen nicht auf der ganzen Linie rechtlich der körperlichen Ware gleichgesetzt wird.

Billig darf der Verkäufer der Hauptware oder Hauptleistung die Zuware oder Zuleistung dem Käufer sowohl selbst gewähren wie verschaffen. Die Grenzen der zulässigen Verbilligung liegen erst da, wo der Preis für die Zuware oder Zuleistung nur noch ein Scheinpreis, also kein ernst zu nehmender Preis mehr ist. Solange also der Rundfunk seinen Hörern nicht die Theaterkarten zu Scheinpreisen verschafft, verletzt er die ZugabeVO. nicht. Gegen Billigkeit und Verbilligung gibt es kein alle Branchen betreffendes Gesetz, wohl aber zielt die allgemeine Preisgesetzgebung auf Billigkeit und Verbilligung ab. Und nur für einige wenige Branchen gibt es Vorschriften, die das Verbilligen bekämpfen. Die ZugabeVO. verbietet es, neben einer Ware eine andere „Ware oder Leistung", und zwar eine gewerbliche Leistung wie etwa das Reparieren eines Fahrrades, das Anstreichen eines Zimmers, das Polieren eines Tisches zu gewähren, nicht aber untersagt sie, daß der Verkäufer dem Käufer die zweite Ware verbilligt abgibt, weil der Käufer schon eine andere Ware zu einem ebenfalls billigen oder angemessenen oder teueren Preise abgenommen hat. Und nichts hindert zwei Verkäufer, ihre Interessen zu vereinen und wechselseitig die Kunden zu bevorzugen, die beim anderen ebenfalls Kunden sind. Diese Form der Interessengemeinschaft findet sich in der Wirtschaft häufig und in zahlreichen Erscheinungsarten und ist, da sie der Verbilligung des Bezuges dient, zu begrüßen: den einen Fall ausgenommen, daß gar keine Verbilligung gewollt ist, sondern ein Verschenken, das sich durch das Nehmen eines Scheinpreises lediglich tarnt.

RA. Dr. Culemann, Düsseldorf.

Patentgesetz

6. RG. — Bei der offenkundigen Vorbenutzung kommt es nicht darauf an, ob der Vorbenutzer den Erfindungsgedanken erkannt hat, sofern nur der Durchschnittsfachmann aus der Benutzungshandlung den Erfindungsgedanken erkennen konnte.

Die Auffindung einer neuen Zweckbestimmung eines Gegenstandes, die ohne erfinderische Leistung nicht erkannt werden konnte, rechtfertigt den Patentschutz.

Außer den in § 2 PatG. angegebenen neuheitsschädlichen Tatbeständen ist ein sog. freier Stand der Technik unbeachtlich. Muß der Fabrikant einer Maschine mit patentverletzender Benutzung durch den Käufer rechnen, so kann ihm deren Vertrieb verboten werden, falls er nicht Maßregeln zur Verhinderung solcher Benutzung ergreift.

Die Kl. ist eingetragene Inhaberin des ihr mit Wirkung v. 5. April 1931 als Zusatz zu DRP. 619 442 erteilten DRP. 621 926, dessen Schutzanspruch 1 lautet:

> Schubtrennschalter mit Geradführung nach Patent 619 442, dadurch gekennzeichnet, daß der mit seiner Fußarmatur an dem Zapfen eines Schwingkurbelarmes befestigte und nur flach über der Grundplatte schwingende Stützer an einem aus einer Schwinge und einer Kurbel bestehenden, an dem Kurbelzapfen der Fußarmatur angreifenden Kniehebelantrieb angeschlossen ist, und daß die Wellen beider Kurbeln im Rahmen der Grundplatte so gelagert sind, daß im Einschaltzustand das Kniegelenk bis zu einem Anschlag über die Totpunktlage hinausgedreht wird und den Schalter dadurch verriegelt, daß das Gewicht der die Wellen verbindenden Schwinge, deren Wirkung nicht durch das Gewicht des bewegten Stützers bzw. Trennmessers unterstützt wird, in Richtung der Verriegelung einwirkt.

Die weiteren Ansprüche dieses Patents betreffen besondere Ausführungsformen des in Anspruch 1 umschriebenen Hauptgegenstandes der Erfindung. Das Hauptpatent 619 442 betrifft die Ausgestaltung des steuerbaren Schubschaltgliedes durch Verwendung starrer Kontaktkugeln.

Die Bekl. befaßt sich mit der Herstellung und dem Vertrieb von Schubtrennschaltern mit drei Isolatoren, wie sie aus den zu den Akten überreichten Beschreibungen und Zeichnungen ersichtlich sind. Sie benutzt zum Einbringen des Trennmessers in die Einschaltstellung einen Kniehebelantrieb, der aus Kurbelarm und Schwinge besteht und der den mittleren Stützisolator, welcher das Trennmesser trägt, waagerecht und schlittenartig verschiebt. Der Kniehebelantrieb kann über die Totpunktlage hinaus gedreht werden, wobei der Schalter in Einschaltstellung verriegelt wird. In diesem Falle wirkt das Gewicht der Schwinge in der Richtung der Verriegelung und unterstützt diese, falls nur der Schalter waagerecht, also mit senkrecht stehenden Isolatoren, aufgestellt und dann der Kniehebelantrieb über die Totpunktlage hinaus gedreht wird.

Die Kl. erblickt in der Konstruktion dieser Trennschalter eine Verletzung ihres DRP. 621 926 und hat Klage auf Unterlassung der Herstellung und des Vertriebs der beanstandeten Schalter, sowie auf Rechnungslegung und Feststellung der Schadensersatzpflicht der Bekl. erhoben. Zur Begründung dieser Anträge hat die Kl. noch ausgeführt, daß die Bekl. vorsätzlich oder doch grobfahrlässig gehandelt habe. Denn sie habe die Aufnahme der beanstandeten Fabrikation des Patents der Kl. bereits genau gekannt. Außerdem habe die Bekl. gegen §§ 1, 17 UnlWG. verstoßen und sei auch aus diesem Grunde nach den Klageanträgen zu verurteilen. Schöpfer des Streitpatents 621 926 sei der Ingenieur Sch. gewesen, der damals in Diensten der Kl. gestanden habe und auch auf der Patentschrift als Erfinder genannt sei. Diesen habe dann die Bekl. wegengagiert mit der ausgesprochenen Absicht, die von Sch. noch während seiner Tätigkeit bei der Kl. gefundenen Verbesserungen in der Trennschalterfabrikation für sich auszubeuten und zum Wettbewerb gegen die Kl. zu verwerten. So sei die Bekl. in den Besitz von Betriebsgeheimnissen der Kl. und solcher Konstruktionen Sch.s gelangt, die dieser der Kl. hätte überlassen müssen. Das ganze Verhalten der Bekl. sei sittenwidrig und rechtfertige selbständig die Klage.

Die Bekl. hat um Abweisung der Klage gebeten. Sie hat die zur Begründung der Klage aus UnlWG. aufgestellten Behauptungen der Kl. bestritten und eine abweichende Sachdarstellung hierzu gegeben. Zur Frage der Patentverletzung hat sie ausgeführt, daß hiervon keine Rede sein könne, weil das Klagepatent nach dem Stande der Technik in allen wesentlichen Teilen zur Zeit der Anmeldung nicht mehr neu gewesen sei und daher ganz eng ausgelegt werden müsse, auf die Ausführungsform dieses und des Hauptpatents beschränkt werden müsse. Eine solche Konstruktion benutze die Bekl. bei ihren Trennschaltern aber nicht. Sie verwende einen Schubisolator, keinen Schwingisolator, den die Kl. gebrauche; deshalb seien bei ihrer Konstruktion auch nicht zwei Drehwellen, sondern nur eine solche erforderlich. Auch liege bei ihrer Konstruktion der Kurbelantrieb nicht zwischen den feststehenden Isolatoren und unter dem schwingenden Mittelisolator, sondern außerhalb der Isolatoren im Grundrahmen. Ferner habe die Kurbel einen Bewegungswinkel von 120 Grad, während bei der Kl. nur ein solcher von 90 Grad in Betracht komme. Die Bekl. habe nur diejenigen Konstruktionselemente verwendet, die bereits vor Anmeldung des Klagepatents allgemein bekannt gewesen seien.

Das LG. hat nach dem Klageantrag erkannt. Gegenüber dem Berufungsantrag der Bekl. auf Abweisung der Klage hat alsdann die Kl. ihre Anträge in erster Linie mit folgenden Ausführungen beschränkt. Es sei allerdings zu erwägen, daß sowohl bei den Trennschaltern der Kl. wie bei denen der Bekl. das Gewicht der Schwinge nicht immer im Sinne der Verriegelung wirksam werden könne, weil die Schalter nicht nur waagerecht, d. h. mit den auf der Grundplatte senkrecht stehenden Isolatoren, sondern auch hängend (an der Decke) oder an der Wand hängend angebracht werden könnten; in diesen Fällen könne das Gewicht der Schwinge sich regelmäßig nicht verriegelnd auswirken. Der Benutzer verletze das Patent natürlich nur, wenn eine solche Auswirkung möglich sei. Doch müsse die Bekl. mit dieser Benutzung rechnen. Wenn die Bekl. wisse oder doch wissen könne, daß der Schalter in waagerechter Stellung verwendet werden soll, mache sie sich der Patentverletzung schuldig; das gleiche müsse aber auch gelten, wenn die Bekl. über die Verwendungsart nichts wisse, falls sie ihren Abnehmern nicht bei Vertragsstrafe die Verpflichtung auferlege, die Schalter nicht in einer Weise aufzustellen, daß das Gewicht der Schwinge sich auswirken könne. Den diesbezüglichen Anträgen hat das KG., indem es die Berufung zurückweist, durch Neufassung der Urteilsformel stattgegeben und ist deshalb auf den Hilfsantrag der Kl., mit dem diese die unbedingte Zurückweisung der Berufung beantragte, nicht eingegangen.

Die Rev. der Bekl. wurde zurückgewiesen.

Die Rev. geht von der Feststellung des KG. aus, wonach das Streitpatent die Lehre gibt: um bei Schubtrennschaltern mit Geradführung durch Kniehebelantrieb die Sperrung der Endlage des Antriebs gegen ihre Aufhebung infolge von Stromstößen oder Erschütterungen zu sichern, soll das Kniehebelgelenk über die Totpunktlage hinaus (bis zu einem Anschlag) gedreht und in dieser Lage durch das in Richtung der Verriegelung wirkende Schwingengewicht unter Ausscheidung des Gewichts des beweglichen Stützers und des Trennungsmessers gesichert werden. Das Gewicht der Schwinge, so führt die Rev. weiter aus, habe diese Wirkung aber nur bei der in der Patentschrift angenommenen Normalstellung, nämlich wenn der Schalter auf der Grundplatte stehend verwendet werde, die Isolatoren also auf der Grundplatte aufrechtstehen, was das KG. als „waagrechte" Anbringung bezeichnet. In allen anderen Fällen der Anbringung, die je nach den vorhandenen Raumverhältnissen beliebig gewählt zu werden pflege, könne das Schwingengewicht im Sinne einer Verriegelung sich nicht auswirken. Das sei der Fall, wenn der Schalter an der Decke befestigt, also „liegend" angebracht oder an der Wand hängend montiert werde. Nur wenn im letzteren Fall die Kontaktklemme unten liege, also die Einschaltung nach unten vorgenommen werde, könne nach der Patentschrift die beschriebene Verriegelung für die Ausschaltlage in entsprechender Weise vorgesehen werden. Es komme also für die Frage einer Benutzung des Erfindungsgedankens der Kl. darauf an, daß das Gewicht der Schwinge des Kniehebelgelenks in Richtung der Verriegelung wirken könne.

Gegen die Auffassung des KG. bestehen keine rechtlichen Bedenken. Es kann der Rev. insbes. nicht zugegeben werden, daß nach dem Gegenstand der Erfindung eine besonders geartete Ausbildung der Schwinge vorgesehen sein müsse. Es genügt, daß ihr Gewicht im Sinne einer Verriegelung wirkt. Die Rev. meint ferner, daß Trennungsschalter solcher Art zur Zeit der Anmeldung des Klagepatents, wie auch zu der sehr viel späteren Zeit der wirklichen Offenbarung des Erfindungsgedankens im Erteilungsverfahren (Mai 1933) durch die auf der Frühjahrsmesse 1931 in Leipzig ausgestellten Schalter der Firma D. bekannt gewesen seien. Diese Ansicht hat das KG. mit der Begründung abgelehnt, daß die D.-Schalter in Leipzig derart hängend vorgeführt worden seien, daß das Schwingengewicht entgegen der Richtung der Verriegelung sich habe auswirken müssen. Mit Recht sagt deshalb das KG., daß von einer offenkundigen Vorbenutzung des Erfindungsgedankens der Kl. in solchem Falle nicht gesprochen werden könne. Ohne Rechtsirrtum stellt das KG. besonders fest, daß aus den Vorführungen auf der Messe kein Sachverständiger den Erfindungsgedanken des Klagepatents hätte entnehmen können, selbst dann nicht, wenn etwa der D.-Schalter auch in waagerechter Lage vorgeführt sein sollte. Nur als einen Beweisumstand hat das KG. auf Grund der Vernehmung des Zeugen Sch. angeführt, daß dieser selbst und der Inhaber der Firma D. weder zur Zeit der Leipziger Frühjahrsmesse 1931 noch bis zu seiner Vernehmung am 16. Nov. 1935 den Erfindungsgedanken des Klagepatents erkannt haben, daß Sch. insbes. nicht erkannt habe, daß man auch bei der D.schen Konstruktion und bei entsprechender Aufstellung das Schwingengewicht zur Verriegelung benutzen könne.

Zu Unrecht sucht daher die Rev. diese Auffassung mit dem Hinweis darauf zu beanstanden, es komme nicht darauf an, ob die Firma D. oder deren Abnehmer die Wirksamkeit

des Schwingengewichts im Sinne einer Verriegelung erkannt haben. Die Rüge der Rev. kann keinen Erfolg haben, weil eine unrichtige rechtliche Beurteilung des Tatbestandes durch das KG. nicht zu ersehen ist. Eigenschaften einer vorbekannten Vorrichtung können allerdings nur dann als neuheitsschädlich angesehen werden, wenn die Vorrichtung für jeden Durchschnittsfachmann die besonderen Eigenschaften erkennen läßt, um die es sich handelt. Ist das der Fall, so kommt es nicht darauf an, ob auch der Vorbenutzer selbst diese Eigenschaften des benutzten Gegenstandes erkannt hat. Wenn aber eine Vorrichtung nur unter besonderen Umständen eine technische Wirkung hat, die ohne Aufwendung erfinderischer Tätigkeit nicht gefunden werden kann und wenn gerade diese Wirkung von dem Hersteller der älteren Vorrichtung nicht erkannt und auch sonst nicht nachweisbar beobachtet worden ist, so kann das bloße Vorhandensein einer solchen Vorrichtung nicht neuheitsschädlich wirken. Die Rspr. hat daher in Übereinstimmung mit der Rechtslehre (vgl. Pietzcker, Anm. 89 zu § 1 PatG.; Krauße, 2. Aufl., Anm. 5 I b und die dort angeführte Rspr.) schon seit langem unbedenklich angenommen, daß in solchen Fällen für die Auffindung der neuen Zweckbestimmung wegen der erfinderischen Leistung der beanspruchte Patentschutz zu gewähren sei. Es ist unrichtig, wenn die Rev. meint, das Klagepatent enthalte keine neue Regel für technisches Handeln. Im Gegenteil wird im Patent klar zum Ausdruck gebracht, daß man eine Schwinge verwenden und so gestalten müsse, daß ihr Gewicht im Sinne der Verriegelung wirkt. Die Rev. vermißt in der Patentschrift eine Angabe darüber, daß die Schwinge durch ihr Gewicht nur bei einer bestimmten Aufstellung des Trennschalters wirken könne. Wenn aber die für die Wirkung wesentliche Aufstellung des Schalters nichts Ungewöhnliches ist, so bedurfte es darüber einer besonderen Angabe in der Patentschrift nicht; für den sachverständigen Leser der Patentschrift war sie durchaus entbehrlich. Derartige Selbstverständlichkeiten braucht eine Patentschrift nicht noch besonders hervorzuheben, insbes. wenn, wie im vorl. Fall, die Abbildungen ohne weiteres auf diese Aufstellung hinlenken. Es ist deshalb auch unerheblich, ob die Abnehmer der streitigen Schalter dem Lieferanten die beabsichtigte Aufstellung der Schalter (stehend, hängend oder liegend) nicht anzugeben pflegen und gar nicht angeben können. Das KG. brauchte Erklärungen der Bekl. darüber deshalb nicht herbeizuführen, hat also durch Unterlassung der Befragung nicht gegen § 139 ZPO. verstoßen, wie die Rev. annimmt.

Die Ausführbarkeit der Erfindung ist in beiden Tatsacheninstanzen nicht bezweifelt worden und es ist davon ausgegangen worden, daß es für jeden Techniker ohne weiteres möglich ist, die Schwinge so zu gestalten, daß ihr Gewicht die Verriegelung bewirkt, ohne durch entgegenwirkende Kräfte unwirksam gemacht zu werden. Dann kann die von der Rev. vorgetragene gegenteilige Ansicht des Privatgutachters der Bekl. Prof. K. schon aus diesem Grunde keine Berücksichtigung finden, wobei nicht unerwähnt bleiben soll, daß dieses Gutachten auch im Widerspruch zu der Ansicht des Nichtigkeitssenats des RPatA. in dem zwischen den Parteien schwebenden Nichtigkeitsverfahren steht.

Das KG. stellt ohne ersichtlichen Rechtsirrtum fest, daß die verriegelnde Wirkung der konstruktionellen Gestaltung nicht nur bei den nach dem Streitpatent hergestellten, sondern auch bei den beanstandeten Schaltern der Bekl. eintritt, sofern nur im Einzelfall der Schalter in einer Weise aufgestellt wird, daß das Schwingengewicht sich im Sinne der Verriegelung auswirken kann. Die Bekl. versucht sich gegen den Vorwurf der Patentverletzung dadurch zu verteidigen, daß sie ausführt, ihre Schalter entsprächen vollständig den vorbekannten D.-Schaltern; die Herstellung und der Vertrieb ihrer Schalter könne daher nicht unzulässig sein. Diese Berufung auf den sog. „freien Stand der Technik" hat das KG. mit Recht, entsprechend der ständigen Rspr. des Senats (RGZ. 86, 200; RG.: GRUR. 33, 488), abgelehnt. Die Berücksichtigung des Standes der Technik für den Schutzumfang eines Patents steht nach ebenfalls ständiger Rspr. fest (RGZ. 80, 57 = JW. 1910, 299). Was hiernach nicht von schutzeinschränkender Bedeutung ist, darf auch nicht auf einem Umweg zur Einschränkung des Patentschutzes verwertet werden.

Die Rev. sucht nun darzulegen, daß bei ihren beanstandeten Schaltern das Schwingengewicht eine irgendwie beachtliche Rolle nicht spiele, so daß man von Patentbenutzung auch dann nicht reden könne, wenn sonst die Auffassung des KG. von der Bedeutung des Klagepatents etwa richtig sei. Es mag sein, daß die verriegelnde Wirkung des Schwingengewichts bei Schaltern der Bekl. vielleicht nicht groß ist. Nach dem Erfindungsgedanken des Klagepatents genügt es aber, daß das Gewicht der Schwinge überhaupt in Richtung einer Verriegelung wirkt. Denn das KG. hat festgestellt, daß das Schwingengewicht bei Schaltern der Bekl. ebenfalls in diesem Sinne wirke. Das genügt für den Schluß, daß die Bekl. vom Erfindungsgedanken des DRP. 621 926 Gebrauch macht.

Es ist auch nicht zu beanstanden, wenn das KG. der Bekl. unter gewissen Bedingungen den Vorwurf der Patentverletzung macht. Daß es sich dabei um die sog. mittelbare Patentverletzung handelt, kann nach feststehender Rspr. des RG. (vgl. RGZ. 146, 26 u. 29 = JW. 1935, 1568[13]) nicht mehr in Zweifel gezogen werden, so daß insoweit weitere Ausführungen entbehrlich sind. Da die Schalter beider Parteien nur bei einer bestimmten Aufstellung von dem Erfindungsgedanken des Klagepatents Gebrauch machen, so verletzt unmittelbar das Klagepatent nur derjenige Benutzer eines Schalters der Bekl., der diesen dementsprechend aufstellt. Demgemäß mußte das der Bekl. auferlegte Verbot auf die Fälle beschränkt werden, in denen die Bekl. mit einer patentverletzenden Verwendung rechnen muß oder kann und doch keine geeigneten Maßregeln ergreift, solche Verwendung zu verhindern. Derartige Maßregeln sind der Bekl. mit Recht zugemutet worden, da sie zur Sicherung des Patentschutzes erforderlich sind und deshalb aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden können.

(RG., 1. ZivSen., U. v. 21. April 1937, I 142/36.) [P.]

*

7. RG. — Der der Ermittelung des Schutzumfangs eines Patentes zugrunde zu legende Gegenstand der Erfindung muß auf der Grundlage des im Erteilungsverfahren erörterten Standes der Technik festgestellt werden. Auf dieser Grundlage ist aus der aus der Patentschrift ersichtlichen Aufgabe und der dort gegebenen Lösung der Erfindungsgedanke zu ermitteln. Dabei darf eine im Patentanspruch unter Schutz gestellte Kombination nur dann umgedeutet werden, wenn der Erfindungsgedanke im Wortlaut des Patentanspruchs keinen ausreichend klaren Ausdruck gefunden hat.

Die Kl. ist Inhaberin des ihr mit Wirkung v. 25. Sept. 1929 erteilten DRP. 511 800, dessen einziger Patentanspruch lautet: „Schnürverschluß für Leibbinden und Hüftformer mit zwei in entgegengesetzter Richtung um den Körper laufenden, in je einem Verschlußband, das an der Vorderseite festzulegen ist, vereinigten Schnurgruppen, dadurch gekennzeichnet, daß die Schnürung (1) in der Mitte des Rückenteils angeordnet ist und daß die Verschlußbänder (i, k) in geschlossenem Zustande in verschiedenen Höhenlagen an der Vorderseite an Haken (d, e, f) festzulegen sind." Die Kl. war außerdem Inhaberin des am 29. Okt. 1934 angemeldeten DRGM. 1 320 030 betr. einen Büstenhalter mit vom Rücken geteilt ausgehenden Schnürverschluß durch nach beiden Seiten verlaufende Schnurgruppen, die jede ein Verschlußband vereinigt und an beiden Seiten an Haken festgelegt werden. Das Muster ist auf Antrag der Kl. am 22. Aug. 1936 gelöscht worden.

Die Bekl. stellen her und vertreiben Leibbinden, Hüftformer, Büstenhalter usw. mit Schnürverschlüssen, bei denen die Schnürung in der Mitte des Rückens angeordnet ist und die in Gruppen vereinigten Schnürbänder in Verschlußbänder auslaufen und an der Vorderseite des Körpers an einer Platte festgelegt werden. über diesen Ha-Ce-Schnürverschluß verhalten sich die bei den Akten befindlichen Werbeschriften der Bekl.

In diesen Verschlüssen erblickte die Kl. eine grobfahrlässige Verletzung ihres Patents und ihres Gebrauchsmusters

und hat Klage auf Unterlassung, Rechnungslegung und Feststellung der Schadenersatzpflicht gegen die Bekl. erhoben.

Die Bekl. haben um Abweisung der Klage gebeten und widerklagend die Löschung des DRGM. 1320030 beantragt, da dieses wie auch die im DRP. 511800 unter Schutz gestellte Kombination zur Zeit der Anmeldung nicht mehr neu gewesen seien.

Die Kl. hat die Abweisung der Widerklage beantragt.

Das LG. hat im wesentlichen nach dem Klageantrag erkannt, die Klage jedoch abgewiesen, soweit sich die Anträge auf Büstenhalter und Herrengürtel bezogen. Außerdem hat es nach dem Widerklageantrag erkannt. Im zweiten Rechtszuge hat sich der Streit der Parteien auf das Klagepatent beschränkt.

Das OLG. hat die Berufung der Bekl. zurückgewiesen und auf die Anschlußberufung der Kl. unter Zurückweisung im übrigen dem Unterlassungsanspruch der Kl. in vollem Umfang stattgegeben. Auf die Rev. der Bekl. wurde die Klage vollständig abgewiesen.

Das OLG. geht bei der Ermittelung des Schutzumfangs des Klagpatents insoweit von zutreffenden rechtlichen Gesichtspunkten aus, als es zunächst aus Aufgabe und Lösung des Patents den in der Patentschrift offenbarten Erfindungsgedanken zu ermitteln sucht. Es entspricht auch der Rspr. des RG., wenn das OLG. ausführt, daß der Schutz des Patents nicht weiter reichen könne, als der als Lösung der Aufgabe offenbarte erfinderische Gedanke, daß dieser Gedanke aber auch in vollem Umfang geschützt werden müsse. Übersehen ist hierbei freilich schon, daß Grundlage des Schutzes immer der in der Beschreibung erläuterte Schutzanspruch bilden muß und daß zur Erkenntnis des so festgelegten Gegenstandes der Erfindung die Berücksichtigung des Standes der Technik erforderlich ist, soweit dieser im Erteilungsverfahren erörtert worden ist. Denn nur so kann erkannt werden, was das RPatA. in Übereinstimmung mit dem Anmelder hat unter Schutz stellen wollen.

Geht man nun von der Lösung des Klagepatents aus, so ergibt sich aus der Patentschrift ganz eindeutig, daß Schnürverschlüsse mit zwei in entgegengesetzter Richtung um den Körper laufenden Schnürgruppen, die in je einem an der Vorderseite des Körpers zu befestigenden Verschlußband zusammenlaufen, von der Kl. und der Prüfungsstelle des RPatA. als bekannt angesehen wurden. Als neu wurde dagegen bei solchen Schnürverschlüssen die Kombination angesehen, bei der einerseits die Schnürung in der Rückenmitte angeordnet ist, so daß die Schnurgruppen beiderseits bis zur Mitte der Vorderseite des Körpers reichen, und daß andererseits die Verschlußbänder in verschiedenen Höhenlagen an der Vorderseite des Körpers (mittels Haken od. dgl.) festgelegt werden können.

Daß in dieser Kombination der Gegenstand der Erfindung zu erblicken ist, sagt auch die Patentbeschreibung unmißverständlich. Trotzdem könnte unter ganz besonderen Umständen für die Bestimmung des Gegenstandes der Erfindung der in der Fassung des Anspruchs zum Ausdruck gebrachte Wille des PatA. außer Betracht bleiben, wenn nämlich der Erfindungsgedanke, der nach der Patentschrift unter Schutz gestellt werden soll, in dem Wortlaut des Anspruchs nicht einen genügend klaren Ausdruck gefunden hätte. Davon aber kann in dem vorliegenden Falle keine Rede sein. Der Stand der Technik, wie er im Erteilungsverfahren zur Abgrenzung des Erfindungsgedankens erörtert worden ist (franz. Pat. Schr. 568853; brit. Pat. Schr. 113257 und 241047), ergibt in Übereinstimmung mit der Fassung des Patentanspruchs des Klagepatents, daß die dort im Oberbegriff angeführten Merkmale in der Tat bekannt waren. Dann muß die Abgrenzung des Erfindungsgegenstandes im Anspruch maßgeblich bleiben. Das OLG. kommt übrigens auch nur deshalb zu einer anderen Auslegung, weil es die Aufgabe des Klagepatents nicht vollständig erkannt hat. Diese besteht nicht nur darin, das Anlegen des Gürtels zu erleichtern, sondern auch darin, die Gürtel durch Benutzung der verschiedenen Verschlußstützpunkte je nach Bedarf als Stützgurt für verschiedene Teile des Körpers zu benutzen. Diese Eigenschaft als Leibstützgurt ist in der jetzigen Fassung der Beschreibung, wenn auch nur kurz, erwähnt. Es kann aber nach dem Inhalt der Akten des Erteilungsverfahrens keinem Zweifel unterliegen, daß Anmelder und Prüfer die durch die verschiedene Anbringbarkeit des Verschlußteils gebotenen Möglichkeiten der Verwendung als Leibstützgurt für wesentlich gehalten haben. Das bleibt bei der Abgrenzung des Erfindungsgegenstandes durch das OLG. rechtsirrtümlich völlig außer Betracht. Das Patent erfüllt eine doppelte Aufgabe durch das Zusammenwirken zweier Kombinationsmerkmale, von denen keines entbehrt werden kann, wenn man die Lösung wirklich vollständig erfassen will. Soweit es also auf den Gegenstand der Erfindung für die Abgrenzung des Schutzumfangs des Klagepatents ankommt, ist die im Anspruch formulierte Kombination maßgeblich.

Das wäre allerdings nur von Bedeutung, wenn diese Kombination nach dem jetzt ermittelten Stande der Technik ebenfalls bekannt wäre und deshalb nach fester Rspr. der Schutz auf den unmittelbaren Gegenstand der Erfindung und die nicht vorbekannten glatten Äquivalente zu beschränken wäre (vgl. RG.: GRUR. 1935, 508, 730, 799, 916). Aber diese Ansicht findet in dem im Rechtsstreit erörterten Druckschriftenmaterial keine Stütze; dieses Material wird auch vom OLG. nicht so gewertet. Das OLG. spricht zwar von einer aus dem Stande der Technik abgeleiteten völligen Vorwegnahme des Erfindungsgedankens der Kombination und ihrer Merkmale, versteht aber unter der Kombination fälschlich etwas, was gar nicht der patentierten Kombination entspricht. Die wirklich geschützte Kombination erörtert das OLG. überhaupt nicht als solche.

Einer Zurückverweisung bedarf es aber deshalb nicht, weil die tatsächlichen Feststellungen des OLG. für eine auf richtigen Rechtsgrundsätzen aufgebaute Sachentscheidung ausreichen. Diese Feststellungen ergeben, daß das zweite Kombinationsmerkmal des Klagepatents (mehrere Befestigungsstellen) nicht vorbekannt und demgemäß auch die Kombination selbst neu war. Das kommt hier nicht weiter in Betracht, weil die Bekl. unstreitig nicht die Gesamtkombination und nicht das zweite Kombinationsmerkmal benutzt hat. Deshalb könnte von einer Patentverletzung nur dann gesprochen werden, wenn das erste Merkmal der Kombination (Rückenverschluß) mit den beiderseits in Gruppen bis zur Vorderseite des Körpers herumgeführten Schnüren neu wäre und auch als erfinderische Leistung angesprochen werden könnte. Hier aber greift die tatsächliche Feststellung des OLG. ein, wonach dieses Merkmal in der britischen Patentschrift 126926 bereits offenbart ist. Dann kann die Kl. für einen Schnurverschluß dieser Art, also ohne Befestigungsmöglichkeit in verschiedenen Höhenlagen, keinen Schutz genießen. Deshalb dürfen die Bekl. solche Verschlüsse gewerblich verwenden, ohne das Klagepatent zu verletzen. Auf die Art der Schnurführung (mit Umkehr in den Ösen) kann ein Schutzanspruch schon deshalb nicht gestützt werden, weil die Patentschrift sie (in Übereinstimmung mit dem im Erteilungsverfahren geprüften Stand der Technik, brit. Pat. 241047) als bekannt betrachtet. Das zwingt zur vollständigen Abweisung der Klage.

(RG., I. ZivSen., U. v. 20. März 1937, I 228/36.) [P.]

*

8. RG. — Durch den unzweideutigen Inhalt der Patentschrift kann der Schutzumfang des Patents auf den Gegenstand der Erfindung beschränkt werden.[†]

Die Kl. hat die ausschließliche Lizenz an dem mit Wirkung v. 3. Sept. 1921 erteilten DRP. Nr. 375436, für das die Priorität in USA. v. 12. Mai 1920 beansprucht wird. Die Ansprüche 1—4 lauten:

1. Tragbare, elektrisch angetriebene Nähmaschine mit einem Unterteil, der beim Gebrauch auf einen gewöhnlichen Tisch gestellt wird und mit einem Motoranlasser versehen ist, dessen Bedienungsarm an dem Unterteil angeordnet ist, dadurch gekennzeichnet, daß der Arm abnehmbar mit einer waagerechten Schwingwelle zum Bewegen des Schleifkontaktes

des Anlassers durch eine Öffnung in der vorderen Wand des Unterteiles hindurch verbunden ist.

2. Nähmaschine nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, daß der den Anlasser betätigende Arm so ausgebildet ist, daß er über die Vorderkante des Tisches, auf den die Maschine zur Benutzung gestellt ist, hinabhängt.

3. Nähmaschine nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, daß der Arm eine abnehmbare Verbindung mit dem Anlasser besitzt.

4. Nähmaschine nach Anspruch 1—3, dadurch gekennzeichnet, daß eine Bajonettverbindung zwischen dem Arm und der Antriebswelle für den Schleifkontakt vorgesehen ist.

Die Bekl. stellt her und vertreibt tragbare, elektrisch angetriebene Nähmaschinen der gleichen Gattung mit einem vom Knie der Näherin betätigten, aus dem Gehäuse des Unterteiles durch eine Öffnung hervorragenden und über die Vorderkante des Tisches herabhängenden, knieförmig gebogenen Bedienungsarm für den Anlasser des Elektromotors. Der Bedienungsarm ist nicht abnehmbar, sondern durch eine ein- und ausrückbare Klauenkuppelung mit dem zum Kontaktarm des Anlassers führenden Kuppelungsstück verbunden. Er kann durch ein geringes Verschieben in den Kasten des Unterteiles hinein entkuppelt und dann in einen im Kasten waagerecht angebrachten Längsschlitz verschwenkt werden.

Die Kl. ist der Meinung, die Bekl. mache dadurch von den Mitteln des Streitpatentes Gebrauch, das die „Arbeitstrennbarkeit" des Bedienungsarmes unter Schutz stelle. Sie hat auf Unterlassung, Rechnungslegung und Feststellung der Schadensersatzpflicht geklagt.

Die Bekl. hat Klageabweisung beantragt. Nach ihrer Anschauung schützt das Streitpatent nur das Merkmal der räumlichen Trennbarkeit des Bedienungsarmes, von dem sie keinen Gebrauch mache. Sie hat sich für diese Auslegung auf das Erteilungsverfahren und den Stand der Technik, insbesondere auf die amerikanischen Patentschriften Nr. 957 223 und 651 909, berufen.

Das LG. hat dem Klageantrag stattgegeben. Auf die Berufung der Bekl. hat das KG. die Klage abgewiesen. Die Rev. der Kl. wurde zurückgewiesen.

Die Anmelderin begehrte, wie das BG. mit Recht den Erteilungsakten entnimmt, ursprünglich Patentschutz für den allgemeinen Gedanken der Verwendung eines Kniedruckhebels zur Betätigung des Anlassers einer tragbaren, elektrisch angetriebenen Nähmaschine. So erklärt sich die in der Patentbeschreibung stehengebliebene ausführliche Schilderung der gesamten den Anlasser betätigenden Vorrichtung. Das PatA. hat jedoch, wie das BG. weiter ohne Rechtsirrtum dem Erteilungsverfahren entnimmt, diesen allgemeinen Gedanken wegen mangelnder Erfindungshöhe für nicht patentfähig erklärt und den Schutz ausdrücklich und im unzweideutigen Einverständnis der Anmelderin auf den ehemaligen Unteranspruch 4, jetzigen Hauptanspruch 1 beschränkt, der allein für die Entsch. erheblich ist und der im Kennzeichnungsteile die Lehre enthält, den (vorzugsweise als *Kniedruckhebel* gedachten) Bedienungsarm für den Anlasser einer tragbaren, elektrisch angetriebenen Nähmaschine *abnehmbar* mit einer waagerechten Schwingwelle zum Bewegen des Schleifkontaktes des Anlassers durch eine Öffnung in der vorderen Wand des Unterteiles hindurch zu verbinden. Dem BG. ist auch dahin zu folgen, daß damit der Patentschutz für die Verwendung des Kniedruckhebels als solche endgültig und ohne, daß es insoweit noch auf den Stand der Technik ankäme, versagt ist.

Innerhalb des Anspruches 1 hält das BG. mit Recht das — eine technische Selbstverständlichkeit aussprechende — Merkmal der Führung des Armes durch eine Öffnung des Nähmaschinenunterteils für patentrechtlich bedeutungslos. Es sieht demnach den Gegenstand der Erfindung lediglich in der Anweisung, den Bedienungsarm *abnehmbar* mit der den Anlasser bewegenden Schwingwelle zu verbinden. Nach seiner Meinung versteht die Patentschrift dabei, ihrem technischen Wortsinne und ihrer zeichnerischen Darstellung nach, unter „abnehmbar": „räumlich trennbar". Diese Auslegung ist rechtlich nicht zu beanstanden und wird anscheinend auch von der Rev. nicht beanstandet.

Das BG. findet sie bekräftigt durch das Ergebnis der Untersuchungen, die es über die der Patentschrift zugrunde liegende technische Aufgabe anstellt. Da die Patentschrift sich hierüber (ebenso wie die Erteilungsakten) nicht ausdrücklich ausspricht, fragt das BG. danach, was der Fachmann ihrem Gesamtinhalte als Aufgabe und Lösung entnimmt. Diese Fragestellung wird von der Rev. mit Unrecht angegriffen. Es kommt nicht entscheidend darauf an, ob es außerhalb ihrer noch andere Auslegungsmöglichkeiten gibt. Das BG. hat sie nicht als das einzige Auslegungsmittel bezeichnet oder angewandt. Es bedient sich ihrer ohne Rechtsirrtum als eines, und zwar eines wichtigen, Mittels unter anderen. Wenn es dabei danach fragt, welche Aufgabe seiner Zeit wohl der Anmelderin vorgeschwebt habe, so ist auch das eine rechtlich zulässige Betrachtungsweise. Sie erschöpft allerdings den Sachverhalt insofern nicht, als es wesentlich darauf ankommt, welche (gelöste) Aufgabenstellung der Fachmann objektiv der Patentschrift entnimmt. Dessen ist sich das BG. jedoch bewußt. Es prüft die Patentschrift auch unter diesem Gesichtspunkte nach.

Dabei kommt es zum Ergebnis, die Anweisung, den Bedienungsarm abnehmbar mit der Schwingwelle zu verbinden, könne an sich der Lösung von dreierlei Aufgaben dienen: Einmal dazu, während des Transportes oder des Abgestelltseins der Maschine den sperrig herabhängenden Bedienungsarm aus seiner störenden Lage zu entfernen, und dann dazu, während einer vorübergehenden Arbeitspause der Maschine zu verhindern, daß durch mechanische Stöße auf den Bedienungsarm das innere Getriebe beschädigt werde und endlich dazu, zu verhindern, daß die Maschine von Unbefugten oder Unkundigen angelassen werde. Die beiden ersten Aufgaben sieht es durch die Lehre, den Bedienungsarm räumlich trennbar zu machen, als in zweckmäßiger Weise gelöst an, während die von der Bekl. aus der Patentschrift herausgelesene Lehre, den Bedienungsarm „arbeitstrennbar", d. h. entkuppelungsfähig zu gestalten, nach seiner Meinung für sich allein zur Lösung dieser beiden Aufgaben nichts beitragen würde. Die dritte Aufgabe wird nach der Auffassung des BG. am einfachsten und naheliegendsten durch das Herausziehen des Steckkontaktes, einfach und ausreichend aber auch durch das Abnehmen des räumlich trennbaren Bedienungsarmes gelöst, während das bloße Entkuppeln das unbefugte Anlassen zwar ebenfalls bis zu einem gewissen Grade verhindern würde, aber durch ein fernliegendes und gekünsteltes Mittel, das zudem — im Gegensatz zur räumlichen Trennbarkeit — den Nachteil haben würde, die beiden anderen Aufgaben nicht mitzulösen. Wenn das BG. aus dieser Betrachtung der Aufgabenstellung ebenfalls den Schluß zieht, „abnehmbar" habe beim Gegenstande der Erfindung die Bedeutung von „räumlich trennbar", so ist das rechtlich ebensowenig zu beanstanden, wie seine weitere Feststellung, weder die Erteilungsakten noch der Stand der Technik stünden der Annahme entgegen, der Gegenstand der Erfindung beschränke sich auf die — allerdings nur eine geringe Erfindungshöhe aufweisende — Lehre, den Bedienungsarm räumlich trennbar anzuordnen.

Die Rev. greift diese Bestimmung des Gegenstandes der Erfindung als solche nicht ausdrücklich an. Sie rügt aber, das BG. habe rechtsirrig verkannt, daß der mit dem Stande der Technik zur Zeit der Anmeldung des Streitpatentes vertraute Fachmann der Patentschrift einen weiteren, über den Gegenstand der Erfindung hinausgehenden Erfindungsgedanken entnehme, nämlich die allgemeine Lehre, den Bedienungsarm aus der Verbindung mit dem Anlasser *lösbar* zu machen. Eine solche Ausdehnung des Schutzumfanges hat das BG. abgelehnt. Eine derartige Lehre ist nach seiner Meinung nicht Erfindungsinhalt, d. h. nicht in dem dem Fachmann erkennbaren Aufgabenkreis und Lösungsbereich des Patentes gelegen. Vielmehr sei die Lösbarkeit des Bedienungsarmes vom Anlasser lediglich technische Voraussetzung der nach dem Inhalte der Patentschrift unzweideutig allein geschützten räumlichen Trennbarkeit (Abnehmbarkeit) desselben. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die von der Rev. als geschützt angesehene allgemeine Anweisung: „Mache den sperrig herabhängenden Bedienungsarm einer tragbaren elektrisch angetriebenen Nähmaschine auf irgendeine Weise vom Anlasser lös-

bar!" enthielte zunächst nur eine reine Aufgabenstellung, für die die Technik dem Durchschnittsfachmann allerdings eine Reihe von bereiten Lösungsmitteln geboten haben mag. Ob diese Aufgabenstellung als solche überhaupt erfinderisch wäre und zur Grundlage für einen über den Gegenstand der Erfindung hinausgehenden Patentschutz dienen könnte, hat das BG. nicht ausdrücklich geprüft. Es kann das auch auf sich beruhen. Denn das BG. stellt ohne Rechtsirrtum fest, daß nach dem unzweideutigen Inhalt der Patentschrift nicht schon dieser allgemeine Gedanke geschützt sein soll, sondern nur der Gedanke, den Bedienungsarm abnehmbar d. i. räumlich trennbar zu gestalten. Dem kann nach den Ausführungen auf S. 2 Zeile 7—12 der Patentschrift und nach dem, was das BG. über das vom Fachmann aus ihr Ersichtliche ausführt, aus Rechtsgründen nicht entgegengetreten werden. Danach ist der Schutzumfang des Streitpatentes nicht über diesen Gegenstand der Erfindung hinaus zu erstrecken, der durch das Merkmal der räumlichen Trennbarkeit des Bedienungsarmes gekennzeichnet ist.

Die Verletzungsform macht, wie das BG. ohne Rechtsirrtum annimmt, von diesem Merkmale keinen Gebrauch. Dadurch daß sie in einer gegenüber dem Streitpatent fortschrittlichen Weise die Möglichkeit schafft, den Bedienungsarm, ohne ihn räumlich trennen zu müssen, vom Anlassergestänge zu entkuppeln und ihn in einen Schlitz des Nähmaschinenunterteiles zu verschwenken, löst sie die gleiche Aufgabe selbständig und mit grundsätzlich anderen, einen verschiedenen Lösungsgedanken enthaltenden Mitteln, die im Falle eines Patentschutzes als solche die Erfindung verkörpern würden und die daher, wie das BG. mit Recht annimmt, auch nicht unter dem Gesichtspunkte des patentrechtlichen Gleichwertes mit den Mitteln des Streitpatentes betrachtet werden können.

(RG., I. ZivSen., U. v. 7. April 1937, I 235/36.) [P.]

*

9. RG. — § 6 PatG. (n. F.). Ein über den Gegenstand der Erfindung, wie er sich aus dem Schutzanspruch, erläutert durch den Gesamtinhalt der Patentschrift, ergiebt, hinausgehender allgemeiner Erfindungsgedanke kann nur dann Schutz genießen, wenn dieser Gedanke in der Patentschrift offenbart ist und wenn eine solche Erweiterung des Schutzes mit dem Stande der Technik vereinbar ist.

Die Kl. war Inhaberin des mit Wirkung von 2. März 1913 ab erteilten, kriegsverlängerten DRP. 272 118, dessen Schutzdauer im Laufe des Rechtsstreits am 2. März 1936 abgelaufen ist. Der in Frage kommende Schutzanspruch 1 lautete:

Schaufelrad für Massengut, bestehend aus einer Reihe um die Drehachse angeordneter Becher, dadurch gekennzeichnet, daß jeder Becher (A) durch eine Gleitbahn (a^3) verlängert ist, die in einer solchen Lage angeordnet ist, daß sie während der Drehung des Rades das von dem Becher geschöpfte Gut allmählich der Achse und der Abwurfseite näherführt und es dann in unmittelbarer Nähe der Achse seitlich abwirft.

Die Bekl. stellt her und vertreibt Bagger mit einem Schaufelrad, an dessen Umkreis Becher angeordnet sind, von denen je ein Becherpaar das geschöpfte Gut auf ein schräg nach außen zur Radachse verlaufendes Gleitblech und dann auf ein dort seitlich angeordnetes Förderband überführt.

Die Kl. ist der Meinung, daß die Bekl. dadurch in den Schutzbereich ihres Patents eingreife, und hat auf Unterlassung, Rechnungslegung und Feststellung der Schadensersatzpflicht geklagt. In der BerInst. beantragte sie mit Rücksicht auf den inzwischen eingetretenen Ablauf der Schutzfrist, den Unterlassungsanspruch für erledigt zu erklären.

Die Bekl. hat Klageabweisung beantragt. Sie macht geltend, ihre Vorrichtung führe das geschöpfte Gut erst dann der Achse und der Abwurfseite näher, wenn es die Achshorizontale überschritten habe. Das falle nicht in den Schutzbereich des Klagepatents, sei vielmehr durch die amerikanischen Patentschriften 496 699) (Quinn) von 1893 und 533 376 (Roll) von 1895 vorbekannt gewesen.

Das LG. hat die Klage abgewiesen. Das KG. hat den Klageanträgen stattgegeben. Auf die Rev. der Bekl. wurde die Sache an das KG. zurückverwiesen.

Das BG. hat bei der Würdigung der Patentschrift 272 118, des Standes der Technik und des sich danach ergebenden Erfindungsgedankens wesentliche Gesichtspunkte übersehen und ist so zu einer rechtlich nicht einwandfreien Begründung seiner Entsch. gelangt.

Die Beschreibung des DRP. 272 118 geht aus von den vorbekannten Schaufelrädern für Massengut, bei denen die am Radumkreis befestigten Becher das Gut bei ihrem Anlangen auf dem höchsten Punkte des Radumkreises mittels besonderer, meist irgendwie beweglich angeordneter Abwurfvorrichtungen seitlich auf das Förderband herabstürzen lassen. Als Nachteil dieser Vorrichtungen stellt die Beschreibung hin, daß sie einen unnötigen, zum Teil nutzlos verschwendeten Arbeitsaufwand erfordern, weil sie das Gut mit dem beim Schöpfen verwendeten langen Hebelarm bis an die höchste Stelle des Radumlaufes heben. Als weiteren Mangel empfindet es die Beschreibung, daß die Vorrichtungen zum seitlichen Abwerfen des Gutes der für die grobe Arbeitsweise der Schaufelräder gebotenen Einfachheit entbehrten.

Die Beseitigung dieser beiden Nachteile stellt das Patent sich zur Aufgabe. Nach dem Inhalt der Patentbeschreibung findet es die Lösung in folgenden Maßnahmen: Es sucht dadurch an Kraft zu sparen, daß es das Gut mit selbsttätig sich verkürzendem Hebelarm anhebt, also eine kleinere Hubkomponente erzielt als die vorbekannten Schaufelräder, bei denen die Hubkomponente ihren größtmöglichen Wert (gleich dem Radius des vom Gut zurückgelegten, kreisförmigen Weges) durchschreiten muß. Und es sucht dadurch an Hubweg zu sparen, daß es das Gut nur bis zu der geringsten Höhe anhebt, bei der ein Abwerfen auf die Förderbahn zweckmäßig stattfinden kann. Diese beiden technischen Vorteile erreicht das Patent durch die Anweisung, die Becher in besonderer Weise gleitbahnartig zur Achse hin (radial durchzuführen, in der Weise nämlich, daß in ihnen vom Beginn des Anhebens an das Gut ständig zur Radachse hin bis zu dem als Auswurfstelle vorgesehenen Punkt hart über der Radachse verschoben wird. Neben dieser radialen Führung des Gutes zur Achsmitte hin sieht die Patentbeschreibung zur Erzielung eines einfachen seitlichen Abwurfes seine seitliche Führung zur Förderbahn hin vor, und zwar durch entsprechende schräge Seitenführung der Gleitbahnfläche.

Der sich aus der Patentbeschreibung ergebende Gegenstand der Erfindung besteht danach in einem Schaufelrad, bei welchen den am Radumfang befestigten Bechern

1. eine die geschilderte krafterſparende, radiale Führung des Gutes erzielende, gleitbahnartige Ausgestaltung und

2. gleichzeitig eine den Seitenabwurf erzielende Seitenschrägung verliehen ist. Trotzdem der Anspruch 1 seinem Wortlaute nach allgemeiner gefaßt ist und das sofort mit dem Anheben beginnende Gleiten des Gutes nicht ausdrücklich hervorhebt, sondern nur von einem allmählichen Näherführen des Gutes zur Achse und Seite hin spricht, hat er doch auf diesen Gegenstand der Erfindung Bezug, da er auf ihn durch die Aufnahme der Bezugszeichen A und a^3 der Zeichnungen ausdrücklich hinweist. Der Patentanspruch ist zudem nicht nur aus seinem Wortlaute heraus auszulegen, sondern so zu verstehen, wie ihn die Patentbeschreibung und die Patentzeichnungen erläutern. Die Patentbeschreibung erläutert jedoch in ihrem das Wesen der Erfindung und den Lösungsgedanken darstellenden Abs. 3 das „allmähliche" Näherführen des Gutes dahin, es werde beim Anheben so geführt, daß es stets gleitend und mit einem sich selbsttätig verkürzenden Hebelarm allmählich der Drehachse des Rades und der hart über ihr liegenden Abwurfstelle genähert werde. In derselben Weise veranschaulichen den Weg des Gutes die Patentzeichnungen, die eine Ausführungsform des Gegenstandes der Erfindung darstellen, wie sie in der Patenschrift beschrieben und in Anspruch 2 zusammengefaßt ist. Dem entspricht endlich völlig die Eingabe des Anmelders v. 8. Juli 1913 im Erteilungsverfahren, die das „eigentliche Wesen der Erfindung" darin sieht, das Gut, das sofort nach dem Schöpfen zu gleiten beginne, in einer Spirallinie bis hart über die Drehachse zu führen.

Demgegenüber sieht das BG. rechtsirrig und ohne ausreichende Begründung als den sich aus der Patentschrift ergebenden Gegenstand der Erfindung eine Vorrichtung an, bei der die Becher nur derart schräg und gleitbahnartig ausgestaltet sind, daß sie zum Zweck einer gewissen Kraftersparnis und eines einfachen seitlichen Abwurfs das Gut nach dem Anheben nur irgendwann einmal der Achse und der in ihrer unmittelbaren Nähe befindlichen seitlichen Abwurfstelle näherzuführen beginnen, mag dabei auch der höchste Wert der Hubkomponente erreicht werden, d. h. mag das Gut auch mit dem zum Schöpfen verwendeten langen Hebelarm bis zur Achshorizontalen emporgehoben werden und mag die Hubkomponente sich erst von da an selbsttätig und stärker, als sie es bei der unveränderten Weiterführung des Gutes am äußeren Radumkreis täte, verkürzen. Daß dies die Meinung des BG. ist, ergibt sich aus seinen Darlegungen über die Lehre des Klagepatentes bei der Prüfung des Standes der Technik, sowie aus seinen Ausführungen darüber, daß es nicht darauf ankomme, ob die Verletzungsform gekrümmte (die besondere spiralförmige Führung des Gutes herbeiführende) Gleitflächen habe. Aus dieser Verkennung des Gegenstandes der Erfindung folgt dann die rechtlich unrichtige Fragestellung des BG. bei der Prüfung des Standes der Technik.

In Wirklichkeit ist das, was das BG. als Gegenstand der Erfindung ansieht, ein weiterer (allgemeinerer) Erfindungsgedanke, den es über den Gegenstand der Erfindung hinaus der Patentschrift entnimmt. Während der Gegenstand der Erfindung die Merkmale enthält:

1. seitliche Führung des Gutes durch Schrägwände zum Zweck eines einfachen Abwerfens auf das seitliche Förderband,
2. achsseitige (radiale) Führung des Gutes zur Abwurfstelle kurz über der Radachse zum Zweck einer gewissen Kraftersparnis,
3. Beginn dieser radialen Führung vom Anheben des Gutes an, bewirkt durch sofort einsetzende spiralförmige Führung des Gutes mittels besonders ausgebildeter Gleitflächen, zum Zweck der größten Kraftersparnis,

weist der vom BG. angenommene weitere Erfindungsgedanke nur die Merkmale 1 und 2 auf, nicht aber das Merkmal 3, das offenbar den wesentlichsten Fortschritt des Klagepatents in sich enthält. Denn ohne das Merkmal 3, d. h., wenn die Verkürzung des Hebelarms erst oberhalb der Achshorizontalen beginnt, muß ersichtlich eine Antriebskraft vorhanden sein, die den höchstmöglichen Wert der Hubkomponente zu überwinden gestattet, während das Merkmal 2 für sich allein lediglich gestattet, die Hubkraft dann weniger zu beanspruchen, wenn sie das erforderliche Höchstmaß geleistet hat. Mit Rücksicht hierauf hätte das BG. zunächst prüfen müssen, ob denn der Fachmann der Patentschrift den erweiterten Erfindungsgedanken entnehmen könne, ob sie ihm also den Gedanken nahebringt, daß sich auch eine nur mit den Merkmalen 1 und 2 arbeitende Vorrichtung mit Vorteil verwenden lasse. Wird das — was dem RevG. rechtlich möglich erscheint — etwa im Hinblick auf die weite Fassung des Anspruchs 1 bejaht, dann ist weiter zu prüfen, ob die erweiternde Auslegung mit den Erteilungsakten und dem Stande der Technik vereinbar ist.

Mit Recht hat der BerR. insoweit angenommen, der Gang des Erteilungsverfahrens, insbes. die Eingabe des Anmelders vom 8. Juli 1913, die den besonderen Vorteil der gemäß dem Gegenstand der Erfindung gebildeten Becher hervorhebe, enthalte keinen Verzicht auf den Schutz des angenommenen weiteren Erfindungsgedankens. Das gilt aber — und ist vom BG. auch so gemeint — nur für das Merkmal 2 des Gedankens. Hinsichtlich des Merkmals 1, der seitlichen Führung des Gutes durch Schrägwände, erklärt die Eingabe vom 8. Juli 1913, die insoweit im Einklang mit dem Stande der Technik steht, ausdrücklich, daß es bekannt sei und als solches nicht als schutzfähig beansprucht werde.

Der Stand der Technik ist daher nur noch auf das Merkmal 2 und seine Vereinigung mit dem Merkmal 1 hin zu prüfen, d. h. auf die Frage, ob er den Schutz des allgemeineren, die Merkmale des Gegenstandes der Erfindung nur zum Teil umfassenden Erfindungsgedankens zuläßt, das Gut in Verbindung mit seitlich schräger Führung in kraftsparender Weise radial der Abwurfstelle kurz über der Achse zuzuführen, und zwar ohne die im Merkmal 3 beschriebene besondere Ausgestaltung der Gleitflächen und die dadurch erzielte Wirkung, also auf einem Wege, bei dem praktisch eine Verkürzung des Hebelarmes erst oberhalb der Achshorizontalen einsetzt. Diese Prüfung hat, was das BG. rechtsirrig verkannt hat, unter dem doppelten Gesichtspunkte stattzufinden, einmal, ob der Stand der Technik den allgemeineren Gedanken vorwegnimmt — insoweit dürfen die Entgegenhaltungen nicht abgeändert und nicht auf dasjenige erstreckt werden, was der Fachmann vermöge seiner Sachkunde aus ihnen machen könnte — und dann, ob der allgemeinere, nicht alle Elemente des Gegenstandes der Erfindung benutzende Gedanke gegenüber dem Stande der Technik erfinderischen Wert besitzt, oder ob er etwa im Gegenteil durch ihn dem Fachmann so nahe gebracht war, daß das, was als Überschuß über den Gegenstand der Erfindung hinaus begehrt wird, keine erfinderische Leistung mehr sein würde.

(RG., I. ZivSen., U. v. 10. Febr. 1937, I 116/36.) [P.]

*

10. RG. — § 6 PatG. (n. F.). Handelt es sich für die Feststellung des vom Erfinder beanspruchten Schutzumfangs darum, ob die technische Lehre, daß für bestimmte Zwecke die Verwendung bestimmter Stoffe genüge und daß die bisher für notwendig erachtete Verwendung anderer Stoffe hierbei entbehrlich sei, allgemein geschützt ist, so muß die gegen das Vorurteil der Fachwelt gerichtete Lehre des Patents eindeutig in der Patentschrift offenbart sein. Bei Auslegung der Patentschrift kann auch der Inhalt der Erteilungsakten darauf geprüft werden, ob sie Anhaltspunkte für die Annahme des Patentinhabers ergeben, daß er einen das Vorurteil bekämpfenden Gedanken bereits im Anmeldeverfahren allgemein zum Ausdruck gebracht und somit hierfür Schutz beansprucht habe.

Die Nebenintervenientin der Kl. ist Inhaberin des mit Wirkung v. 9. Juni 1923 erteilten DRP. 521 973 und des mit Wirkung v. 15. Juli 1925 erteilten DRP. 520 845. Die Kl. hatte eine ausschließliche Lizenz an beiden Schutzrechten, hat ihre Rechte jedoch im Laufe des Rechtsstreites, am 26. Nov. 1935, auf die Nebenintervenientin zurückübertragen.

Der in Frage kommende Anspruch des DRP. 521 973 lautet: Verfahren zur Erzeugung von Feuerlöschschaum, dadurch gekennzeichnet, daß eine einen schaumbildenden Stoff enthaltende Flüssigkeit durch eine offene Strahlluftpumpe verarbeitet wird, die das der Schaumbereitung förderliche Gas bzw. ein Gasgemisch, etwa atmosphärische Luft, selbst ansaugt.

Der Anspruch des DRP. 520 845 lautet: Verfahren zur Erzeugung von Gemischen aus flüssigen und gasförmigen Stoffen für Feuerlöschzwecke, insbes. zur Erzeugung von Feuerlöschschaum, dadurch gekennzeichnet, daß die zu mischenden Stoffe gemeinsam unter Druck durch einen porösen Körper gepreßt werden.

Die Bekl. stellt her und vertreibt von Hand zu bedienende Löschschaumkübelspritzen und motorisch angetriebene Luftschaumpumpen. Beide Vorrichtungen saugen, die eine mittels einer Handkolbenpumpe, die andere mittels einer Kapselschieberpumpe, schaumbildende Flüssigkeit und Luft an, verdichten das entstehende schaumartige Gemisch und pressen es schließlich durch sogenannte Veredler, etwa einer Drahtbürste mit zahlreichen dünnen und enganeinanderliegenden Metallborsten oder ein Aggregat, das aus mehreren kurzen zylindrischen Körpern besteht, die je aus einer Anzahl dichter Drahtgewebe gebildet werden.

Nach der Anschauung der Kl. machte die Bekl. dadurch von den Mitteln der Klagepatente Gebrauch, und zwar durch die Verwendung von Luft zur Herstellung des Feuerlöschschaumes von dem Patente 521 973, durch die Verwendung

der Veredler von dem Patente 520845. Sie klagte daher auf Unterlassung, Rechnungslegung und Feststellung der Schadensersatzpflicht. Die Bekl. trat dem entgegen und beantragte Klageabweisung. Sie bestritt, daß die Verwendung von Luft in dem Schutzbereich des Patentes 521973 falle und erhob gegenüber den Ansprüchen aus dem Patente 520845 Einwendungen, die nach dem jetzigen Streitstande nicht mehr von Belang sind. Das LG. wies die Klage in vollem Umfange ab.

Im Berufungsverfahren wiederholte die Kl. ihre Anträge und stützte außerdem ihre Ansprüche aus dem Patente 521973 auch darauf, daß die Bekl. die schaumbildende Flüssigkeit durch Pumpen verarbeite, welche die der Schaumbereitung förderliche Luft selbst ansaugten. Folglich beantragte sie hilfsweise, der Bekl. die Herstellung usw. von Feuerlöschgeräten mit einem solchen Merkmale zu verbieten. Die Bekl. bestritt, daß auch das im Hilfsantrag bezeichnete Merkmal in den Schutzbereich des Patentes 521973 falle und wiederholte ihre Anträge aus dem ersten Rechtszuge. Das OLG. bestätigte das Urteil des LG. soweit dieses die auf DRP. 521973 gestützte Klage abwies, indem es sowohl den Haupt- wie den Hilfsantrag als unbegründet ansah. Dagegen gab es der auf DRP. 520845 gestützten Klage statt. Die Rev. der Kl. und der Nebenintervenientin wurde zurückgewiesen.

Die Rev. bemängelt zunächst, daß das BU. die Aufgabe des Klagepatentes (521973) nicht klar umreiße, die Lösung nicht unmittelbar angebe und daher den Erfindungsgedanken nicht klar herausarbeite. So komme es zu dem in sich unmöglichen Ergebnis, das Merkmal der Verwendung von Luft von dem Patentschutz überhaupt auszunehmen.

Dem ist nicht beizustimmen. Allerdings hätte die technische Aufgabe, die das Klagepatent stellt und löst, im Urteil schärfer hervorgehoben werden können. Jedoch lassen die Darlegungen auf S. 28 und S. 34—36 des Urteils ausreichend erkennen, daß das KG. die Aufgabe des Streitpatentes darin sieht, das Verfahren, Feuerlöschschaum auf mechanischem Wege, d. i. durch Mischen von Flüssigkeit und Gas, zu erzeugen, von dem Nachteile der Bereithaltung eines besonderen Druckgases zu befreien. Das Lösungsmittel und damit den Erfindungsgegenstand bestimmt das KG. klar dahin, es werde zur Herstellung des Schaumes eine offene Strahlluftpumpe verwendet, die das zur gründlichen Umwandlung einer einen Schaumbildner enthaltenden Flüssigkeit in Schaum förderliche (nicht unter Druck stehende), gasförmige Mittel, etwa atmosphärische Luft, selbsttätig ansauge. Darin, d. h. in der Verwendung der Wasserstrahlluftpumpe oder einer ihr gleichwertigen Vorrichtung für die Erzeugung des Feuerlöschschaums findet das KG. zugleich den Erfindungsgedanken und damit den Schutzumfang des Patentes beschlossen. Dabei sieht es als gleichwertiges Mittel nicht jede das Gasgemisch selbst ansaugende Pumpe an, sondern nur eine solche Vorrichtung, die ohne anderweitige mechanische Kraft die Zuführung von Luft oder eines anderen Gasgemisches gerade dadurch bewerkstelligt, daß sie das Gasgemisch selbsttätig durch eine raschströmende Flüssigkeit ansaugen läßt. Diese Auslegung führt — entgegen der Revisionsbehauptung — nicht dazu, die Verwendung von Luft vom Patentschutz überhaupt auszunehmen. Sie schützt vielmehr die Verwendung von Luft, soweit sie mittels der Wasserstrahlluftpumpe oder einer gleichwertigen Vorrichtung erfolgt. Sie schützt allerdings nicht die Verwendung von Luft als solche, d. h. jede Verwendung, gleichgültig, auf welchem Wege sie geschieht. In alledem tritt kein Rechtsirrtum zutage.

Die Rev. spannt allerdings den Schutzumfang des Klagepatentes erheblich weiter. Nach ihr beseitigte dieses Patent zum ersten Male das angeblich die gesamte Fachwelt beherrschende Vorurteil, daß atmosphärische Luft als Bestandteil eines Feuerlöschschaumes ungeeignet, ja, weil feueranfachend, sogar schädlich sei. Das Patent enthalte somit — und das rechtfertige den Hauptantrag der Kl. — den allgemeinen Erfindungsgedanken, bei der Herstellung von Feuerlöschschaum auf mechanischem Wege an Stelle besonderer, feuererstickender Gase atmosphärische Luft zu verwenden. Daneben offenbare es auch — und das rechtfertige den Hilfsantrag der Kl. — den demgegenüber engeren, aber gegenüber dem Gegenstand der Erfindung immer noch allgemeinen Erfindungsgedanken, die schaumbildende Flüssigkeit in einer Pumpe irgendwelcher Art zu verarbeiten, die den gasförmigen Bestandteil des Schaums in Form von atmosphärischer Luft selbst ansauge.

Bei der Prüfung dieser Einwände ist in dem Revisionsrechtszuge von dem auszugehen, was das BG. über das Bestehen des behaupteten Vorurteils tatsächlich feststellt. Das KG. hält es für möglich, daß zur Zeit der Anmeldung des Klagepatentes im Jahre 1923 in der Fachwelt eine Abneigung dagegen bestand, Luft für Feuerlöschschaum zu verwenden. Es schließt jedoch aus der Betrachtung des Standes der Technik, nämlich der amerikanischen Patentschriften 749374 von 1904 und 1415352 von 1922, daß man nicht etwa allgemein Luftschaum als schlechthin ungeeignet für Feuerlöschzwecke ansah, sondern daß man lediglich der Meinung war, Schäume aus nicht verbrennungsfördernden Gasen seien wirksamer. Dem kann aus Rechtsgründen nicht entgegengetreten werden. In der amerikanischen Patentschrift 749374 schlägt der Erfinder zwar einen Feuerlöschschaum vor, der aus Blasen besteht, die geeignete feuerlöschende Gase enthalten. Er erwähnt jedoch auch Luftschaum und bezeichnet ihn nicht etwa als schlechthin ungeeignet, sondern hebt nur hervor, Schäume aus nicht verbrennungsfördernden Gasen löschten das Feuer noch wirksamer. Ja, er spricht bereits allgemein aus, daß den Schäumen als solchen die Wirkung eigne, die verbrennungsfördernde Außenluft wirksam — und zwar wirksamer als Flüssigkeit — von dem Brande fernzuhalten und ihn dadurch einzudämmen und zu ersticken. Dem entspricht, wenn auch mit einer gewissen Abschwächung, die Stellungnahme der amerikanischen Patentschrift 1415352, die sich auf ein verwandtes Gebiet, nämlich das Abdecken leichtflüchtiger und leichtbrennbarer Flüssigkeiten durch Schaum bezieht. Sie schlägt zur Abdeckung allgemein Luftschaum vor, fügt jedoch hinzu, bei Abdeckung leichtentzündlicher Flüssigkeiten könne ein sauerstoffreies und mit dem Schaumbildner nicht oxydierendes Gas benutzt werden.

Indem das KG. ein so begrenztes Vorurteil oder Bedenken der Fachwelt gegen die Verwendung von Luft zugrunde legte, hält es dem Hauptanspruch der Kl. und ihrer Anschauung, jede Verwendung von Luft zu Feuerlöschschaum falle in den Schutzbereich des Klagepatentes, folgende, aus der Betrachtung der Patentschrift geschöpfte Erwägungen entgegen. Die begehrte Auslegung würde dem Klagepatent den Charakter eines Pionierpatentes verleihen. Dazu müßte die Patentschrift jedoch darlegen, daß und warum die bestehenden Vorurteile gegen die Verwendung von Luft unbegründet seien. Das tue sie aber in keiner Weise. Sie nenne Luft nur wahlund beispielsweise neben anderen Gasen und Gasgemischen, ohne sie besonders hervorzuheben, und vor allem, ohne die Vorteile ihrer Verwendung zu betonen oder auch nur zu nennen. Sie enthalte allenfalls die Anregung, es außer mit anderen Gasgemischen auch einmal mit Luft zu versuchen, offenbare aber nicht die technische Lehre, daß die Bedenken gegen die Verwendung von Luftschaum unbegründet seien. Sie beseitige also beim Fachmann etwa gehegte Vorurteile nicht und habe das auch gar nicht tun wollen. Denn die Anmelderin und die Kl. hätten selbst jahrelang nicht nach ihrem Patent gearbeitet. Vielmehr seien die ersten praktischen Versuche mit der Verwendung von Luft zu Feuerlöschschaum erst 1928 bis 1930 — und zwar von anderen — gemacht worden. Außerdem habe die Nebenintervenientin gerade den Gedanken der Verwendung von Luft erst lange nach der Anmeldung des Klagepatentes in besonderen, allerdings erfolglos gebliebenen Patentanmeldungen unter Schutz stellen lassen wollen.

Die Rev. wendet demgegenüber ein, das KG. überspanne die Anforderungen an die Offenbarungspflicht des Erfinders. Rechtsirrig fordere es, daß die Patentschrift die Vorteile der Verwendung von Luft angeben und das Vorurteil als solches bekämpfen müsse. Es genüge die Angabe der technischen Mittel für die Verwendung von Luft. Die gebe die Patentschrift an. Das Patent sei erst 1931 ausgegeben worden. Bald danach sei

das Verfahren in die Praxis eingeführt worden. Deswegen lasse sich aus den Hinweisen des Urteils auf das spätere Verhalten der Anmelderin nichts herleiten.

An diesen Einwendungen ist so viel richtig, daß die Vorteile einer Erfindung, soweit sie nicht zum Inhalt der Erfindung gehören, im allgemeinen in der Patentschrift nicht angeführt zu werden brauchen. Falls daher die Verwendung von Luft als solche im Sinne eines neu eröffneten, zum Ziel der Feuerlöschung führenden Weges patentbegründendes Merkmal des Klagepatentes wäre, so wäre es unschädlich, daß die Patentschrift die besonderen Vorteile dieser Verwendung (Einfachheit, Greifbarkeit, Billigkeit, Unschädlichkeit u. dgl.) nicht erwähnt, zumal sie dem Fachmann ohnehin in die Augen springen. Insoweit liegt die Beweisführung des KG., das Patent nenne die Vorteile des Luftschaums überhaupt nicht, neben der Sache. Darauf kommt es aber im Ergebnis nicht an. Durchschlagend ist vielmehr die Erwägung des KG., daß die Patentschrift das, was die Kl. (und die Rev.) als das erfinderische Verdienst des Patentes in Anspruch nehmen, nämlich die Überwindung des oben bezeichneten und begrenzten Vorurteils gegen die Verwendung von Luft als Bestandteil eines Feuerlöschschaumes, überhaupt nicht offenbare. Wenn es, wie die Rev. will, eines erfinderischen Schrittes bedarf, um zu der Erkenntnis zu kommen, daß Luftschaum zur Feuerbekämpfung genüge (genauer: daß es nicht erforderlich sei, die bisher als noch wirksameren betrachteten Schäume aus nicht verbrennungsfördernden Gasen anzuwenden), so muß der vom Stande der Technik ausgehende Durchschnittsfachmann, der die Patentschrift zur Hand nimmt, diesen erfinderischen Schritt selbst tun. Die Patentschrift offenbart ihm, wie das KG. mit Recht annimmt, diese Erkenntnis nicht. Insbes. gibt die in der wiederholten Erwähnung von Luft als geeigneten Gases liegende Anregung, es auch einmal mit Luft zu versuchen, nichts Greifbares für die Überwindung des Bedenkens, daß Schäume aus nicht verbrennungsfördernden Gasen an sich wirksamer zur Feuerbekämpfung seien als Luftschaum, der zwar geeignet sei, die Außenluft vom Brande abzuhalten, der aber beim Platzen der Blasen selbst Luft freisetze. Ja, es bleibt völlig offen, ob es sich insoweit überhaupt um ein Vorurteil und nicht um ein sachlich begründetes Bedenken handle. — Da das technische Mittel hier nicht an sich, sondern nur dann erforderlich ist, wenn es das seiner Verwendung entgegenstehende Bedenken bricht, gehört die Bezugnahme hierauf zum Inhalte der Erfindung. Die Angabe des technischen Mittels für sich allein stellt also in einem solchen Falle keine genügende Offenbarung dar.

Aus dem Gange des Erteilungsverfahrens entnimmt das KG. die Bestätigung seiner aus der Patentschrift gewonnenen Anschauung. Es erwägt, daß die Anmelderin zwar keinen besonderen Verzicht auf die Verwendung von Luft ausgesprochen, wohl aber im Einverständnis mit der Erteilungsbehörde den ursprünglich begehrten allgemeinen Erfindungsgedanken, Flüssigkeiten und nicht unter Druck stehende Gasgemische mechanisch zu Schaum zu verbinden, dahin eingeschränkt habe, diese Verbindung mittels des Prinzipes der Wasserstrahlluftpumpe zu vollziehen und so einen besonders einfachen, kleinen und betriebssicheren Apparat zu schaffen, der die dauernde Erzeugung von Schaum fern von der Brandstelle und aus Betriebsmitteln, die fast immer in unbeschränkter Menge zur Verfügung stünden, gestatte. Dies und den Umstand, daß die Anmelderin während des ganzen, viele Jahre dauernden Erteilungsverfahrens niemals den Gedanken erwähnt habe, es gelte ein der Verwendung von Luft entgegenstehendes Vorurteil zu überwinden, daß sie vielmehr selbst ebenso wie die Erteilungsbehörde ihr erfinderisches Verdienst stets in der Einführung der Wasserstrahlluftpumpe in die Löschschaumtechnik gesehen habe, benutzt das KG. wiederum lediglich als weiteren Anhaltspunkt dafür, daß nicht die Verwendung von Luft schlechthin, sondern nur die besonders zweckmäßige Art der Verwendung von Luft mittels des Prinzipes der Wasserstrahlluftpumpe den Gegenstand der Erfindung des Klagepatentes bilde.

Darin tritt kein Rechtsirrtum zutage. Nach Meinung der Rev. ist allerdings die ganze Einstellung des KG. bei der Ausdeutung der Erteilungsakten rechtsirrig. Denn es komme nur darauf an, ob diese Akten einen Verzicht oder eine bewußte Einschränkung aufwiesen. Dem kann in dieser Ausschließlichkeit nicht gefolgt werden. Einmal hat das KG. die Erteilungsakten auf das Vorliegen eines Verzichts oder einer Einschränkung hin durchgeprüft. Dann aber war es rechtlich nicht gehindert, bei der Beurteilung der Frage, ob die in der Patentschrift verkörperte Erklärung objektiv einen bestimmten Gedanken offenbare, auch als Anhaltspunkt heranzuziehen, ob die Erklärenden (Anmelderin und Erteilungsbehörde) einen solchen Gedanken zum Ausdruck bringen wollten. Falls sich eine solche Betrachtungsweise — wie hier — nur als eines unter anderen Auslegungsmitteln zur Klarstellung des objektiven Sinnes der Patentschrift darstellt, ist gegen sie rechtlich nichts zu erinnern. Ebensowenig schlägt der weitere Einwand der Rev. durch, Anmelderin und Erteilungsbehörde hätten im Erteilungsverfahren wiederholt die Vorteile der Verwendung gerade von Luft (und Wasser) betont. Dem ist durch die Anerkennung der Patentfähigkeit des diese Vorteile benutzenden Verfahrens Rechnung getragen. Für die Frage, ob der von der Rev. begehrte, erweiterte Patentschutz zugebilligt werden kann, kommt es aber nicht darauf an, ob die mit der Verwendung von Luft verbundenen, auf der Hand liegenden Vorzüge hervorgehoben, aber, obwohl Veranlassung dazu bestand, die Frage nicht erörtert wurde, ob eine solche Verwendung überhaupt möglich sei. Ausschlaggebend ist vielmehr, daß es in der Patentschrift völlig unterlassen wurde, die angeblich gegen die Möglichkeit einer solchen Verwendung bestehenden Bedenken zu zerstreuen…

(RG., I. ZivSen., U. v. 13. Febr. 1937, I 224/36.) [P.]

*

11. RG. — §§ 6, 47 PatG. (n. F.); § 254 BGB.

1. Zur Annahme bedingt-vorsätzlicher Patentverletzung genügt die Feststellung, der Bekl. habe auf die Gefahr hin, das Patent zu verletzen, die Verwirklichung der patentverletzenden Handlung trotzdem gewollt.

2. Grobe Fahrlässigkeit kann bei Patentverletzung auch darin gefunden werden, daß der Verletzer sich auf das technische Gutachten eines Sachverständigen verläßt, obwohl er vermöge eigener besonderer Sachkunde in der Lage ist, die Mängel des Gutachtens zu erkennen.

3. Auch im Patentrecht ist der Einwand der Verwirkung zulässig; doch muß auf seiten des Verletzers stets ein redlicher und deshalb schutzwürdiger Besitzstand vorhanden sein.

4. Hat der Patentinhaber den Verletzer verwarnt und nichts getan, was diesen zu der Annahme berechtigt, daß jener sein Verhalten nunmehr für zulässig erachte, so kann von eigenem Verschulden des Verletzten nicht deshalb gesprochen werden, weil dieser nicht alsbald gerichtlich gegen den Verletzer vorgegangen ist.

5. Durch die rechtskräftige Feststellung objektiver Patent- oder Gebrauchsmusterverletzung wird eine bindende Entscheidung für den Schadenersatzanspruch nicht getroffen.

Die Kl. war Inhaberin des ihr mit Wirkung v. 9. Okt. 1913 erteilten, infolge Kriegsverlängerung erst am 8. Okt. 1936 durch Zeitablauf erloschenen DRP. 274 438, dessen Patentansprüche folgendermaßen lauten:

1. Kühlerlamelle für Kühler von Motorfahrzeugen, dadurch gekennzeichnet, daß die Wellenberge nach außen vorstehende Seitennocken erhalten, in die der Wellenberg der nachfolgenden Lamelle eingefügt ist.
2. Kühlerlamelle nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, daß die beiden Seitennocken eines Wellenberges gegeneinander verschoben sind, so daß die Nocken zweier anstoßender Wellenberge sich diagonal gegenüberstehen.

Die Kl. war ferner Inhaberin des am 23. März 1929 angemeldeten, am 5. Sept. 1932 eingetragenen und am 23. März 1935 abgelaufenen DRGM. 1231062 betr. Lamellenkühler, für welches folgende Schutzansprüche der Anmeldung beigefügt sind:

1. Lamellenkühler mit in den Lufträumen zwischen den wasserführenden Lamellen angeordneten Zwischenblechen, dadurch gekennzeichnet, daß die Zwischenbleche, die wie die wasserführenden Lamellen gewölbt oder in Zickzack gebogen sind und erstere an den Wellenbergen in der ganzen wirksamen Breite berühren, zwischen den Berührungsflächen mit den wasserführenden Lamellenblechen durch in der Längsrichtung der Lamellen liegende und zwischen jenen Berührungsstellen befindliche Schlitze in Streifen zerlegt sind, die an beiden Enden mit dem Blech zusammenhängen, dazwischen aber aus dem Blech herausgehoben sind.
2. Lamellenkühler nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, daß die Streifen zur Richtung der Luftströmung schräg gestellt sind.

Die Bekl. stellen seit längerer Zeit Kühler her, von denen die Kl. behauptet, daß bei ihnen die beiden genannten Schutzrechte mindestens grobfahrlässig verletzt seien; diese Kühler entsprechen im wesentlichen einem für die Bekl. eingetragenen DRGM. 1231465, das am 8. Juni 1934 durch Zeitablauf erloschen ist. Ferner war die Bekl. zu 1 eingetragene Inhaberin des DRP. 517515, das durch Entsch. des erk. Sen. v. 4. Juli 1936 unter Bestätigung der Entsch. der Nichtigkeitsabteilung des RPatA. vernichtet worden ist.

Mit der am 23. Sept. 1933 erhobenen Klage hat die Kl. die Verurteilung der Bekl. zur Unterlassung und Rechnungslegung wegen der seit 23. Sept. 1930 hergestellten und vertriebenen Kühlerlamellen und Lamellenkühler sowie auf Feststellung der Schadenersatzpflicht der Bekl. beantragt. Die Bekl. haben die objektive Verletzung der Schutzrechte der Kl. bestritten, insbes. die Neuheit des Gebrauchsmusters der Kl. bestritten und jedes Verschulden geleugnet.

Das LG. hat nach Beweiserhebung die Bekl. zu Unterlassung auf Grund der Annahme einer Verletzung des DRGM. 1231062 für die Zeit bis zu dessen Ablauf (23. März 1935) verurteilt, im übrigen aber die Klage abgewiesen. Das OLG. hat die Berufung der Bekl. zurückgewiesen, aber auf die Berufung der Kl. die Bekl. wegen Verletzung des Gebrauchsmusters in der Zeit von der Klagezustellung (23. Sept. 1933) bis zum Erlöschen des Musterschutzes (23. März 1935) zur Rechnungslegung über die durch das Unterlassungsurteil des LG. betroffenen Kühlerlamellen und Lamellenkühler verurteilt und festgestellt, daß die Bekl. als Gesamtschuldner der Kl. den aus der unzulässigen Herstellung und dem Vertrieb solcher Gegenstände in der angegebenen Zeit erwachsenen Schaden zu ersetzen haben. Im übrigen hat das OLG. die Berufung der Kl. zurückgewiesen. Das RG. hat durch Urt. v. 4. Juli 1936 (I 342/35) die Rev. der Bekl. zurückgewiesen; dagegen auf die Rev. der Kl. das angefochtene Urteil aufgehoben, soweit zum Nachteil der Kl. erkannt ist und unter Zurückverweisung im übrigen die Bekl. zur Unterlassung der Herstellung und des Vertriebs von Lamellenkühlern insoweit verurteilt, als darin eine Verletzung des DRP. 274438 erblickt wird.

Nach erneuter Verhandlung hat das OLG. das landgerichtliche Urt. auf die Berufung der Kl. weiter dahin abgeändert, daß es die Bekl. zur Rechnungslegung verurteilt und zwar

1. für die Zeit v. 23. Sept. 1930 bis zum 8. Okt. 1936 wegen der hergestellten und vertriebenen Lamellenkühler für Motorfahrzeuge, bei denen die Wellenberge der Lamellen mit zwei seitlich ausgepreßten Leisten versehen und die Wellenberge der jeweils nachfolgenden Lamelle zwischen diese Leisten eingefügt ist;

2. für die Zeit v. 23. Sept. 1932 bis 22. Sept. 1933 wegen der hergestellten und vertriebenen Kühlerlamellen und Lamellenkühler, bei denen die zwischen den wasserführenden Lamellen angeordneten Zwischenbleche zwischen den Berührungsflächen durch in der Längsrichtung der Lamellen liegende und zwischen den Berührungsstellen befindlichen Schlitze in Streifen zerlegt sind, die ohne Zwischenraum aneinander sich anschließen, an beiden Enden mit dem Blech zusammenhängen, dazwischen aber aus dem Blech herausgebogen sind, wobei die Streifen zur Richtung der Luftströmung schräg gestellt sind.

Ferner hat das OLG. festgestellt, daß die Bekl. als Gesamtschuldner der Kl. denjenigen Schaden zu ersetzen haben, der dieser durch die vorgenannten Handlungen entstanden ist.

Auf die Rev. der Bekl. wurde das angefochtene Urt. aufgehoben, soweit es sich auf die Gebrauchsmusterverletzung bezieht, soweit wurde die Sache an das OLG. zurückverwiesen. Im übrigen wurde die Rev. zurückgewiesen.

Die Rev. rügt zunächst, daß das angefochtene Urt. für die Zeit seit Klagerhebung rechtsirrig eine bedingt-vorsätzliche Verletzung der Rechte der Kl. angenommen habe. Diese Rüge ist unbegründet, soweit sie gegenüber den rein tatsächlichen Feststellungen des OLG. überhaupt zulässig ist. Aus dem festgestellten Sachverhalt — genaue Kenntnis der Schutzrechte und der Auffassung der Kl., eigene große Erfahrung und Fachkunde der Bekl. — folgert das OLG., daß die Bekl. mindestens „seit Klagerhebung" bewußt auf die Gefahr hin herstellten und vertrieben, daß dadurch die Rechte der Kl. verletzt wurden, daß sie also eine solche Verletzung bewußt in ihren Willen aufnehmen. Die Rev. meint, daß das OLG. in diesem Falle in den gleichen Fehler verfallen sei, den seinerzeit das RG. einmal zu der Darlegung veranlaßte, es sei zur Annahme bedingten Vorsatzes die Feststellung nicht genügend, daß der Täter bei seiner Handlungsweise sich der Möglichkeit der Patentverletzung bewußt gewesen sei, der Täter müsse den Erfolg für den Fall seines Eintritts auch gewollt haben (RG.: JW. 1919, 575 [11]). Die angeführten Rechtssätze entsprechen durchaus der ständigen Rspr. des erk. Sen., befinden sich auch in voller Übereinstimmung mit der Auffassung der StrSen. des RG. (RGSt. 65, 69; 67, 424 = JW. 1934, 426 [24] m. Anm.). Aber sie stehen nicht in Widerspruch zu der Rechtsauffassung des OLG., das ganz offensichtlich feststellen wollte, die Bekl. habe auf die Gefahr hin, das Patent der Kl. zu verletzen, trotzdem die Verwirklichung des Gesamttatbestandes gewollt. Das genügt zur Bejahung des Tatbestandes des bedingten Vorsatzes. Inwiefern für die tatsächliche Feststellung die erforderlichen Grundlagen fehlen sollen, wie die Rev. meint, ist nicht ersichtlich.

Das OLG. hat für die Zeit vor Klagerhebung grobfahrlässige Rechtsverletzung auf seiten der Bekl. angenommen. Die Rev. meint, daß bei Verkennung des Begriffs eines bedingten Vorsatzes auch die Gefahr rechtsirriger Behandlung des Tatbestandes grobfahrlässiger Patentverletzung gegeben sei. Diese Vermutung — um mehr handelt es sich hierbei nicht — erledigt sich dadurch, daß dem OLG. nach den vorstehenden Ausführungen ein Rechtsirrtum hinsichtlich des bedingten Vorsatzes nicht nachgewiesen werden kann.

Es ist auch nicht rechtsirrig, wenn das OLG. dem Gutachten von Prof. M. die Wirksamkeit einer Entlastung der Bekl. von dem Vorwurf grobfahrlässigen Verhaltens versagt. Die Rev. meint, es könne nicht grobfahrlässig sein, wenn die Bekl. bei eigener Prüfung zu demselben Ergebnis gelangt seien, zu dem später ein angesehener Sachverständiger gelangte. Die Rev. übersieht zunächst, daß das OLG. die Tatsache in den Vordergrund stellt, daß der genannte Sachverständige zuvor schon ein Privatgutachten für die Bekl. erstattet habe. Damit wird die Bedeutung des im Rechtsstreit erstatteten Gutachtens wesentlich herabgedrückt. Ferner übersieht die Rev., daß das OLG. die Sachkunde des Bekl. zu 2 und seiner technischen Berater besonders hoch wertet und höher einschätzt als die Kenntnisse der befragten Sachverständigen. Das ist durchaus zulässig und kann die rechtlich einwandfreie Feststellung grobfahrlässiger Patentverletzung nicht erschüttern.

Unbegründet ist auch der dem OLG. gemachte Vorwurf der Rev., das OLG. habe unterlassen, zugunsten des Bekl. zu beachten, daß sich aus der Erteilung des DRP. 517515

an die Bekl. ergebe, daß das RPatA. damals selbst „eine schuldhafte Verletzung des Klagepatents" nicht angenommen habe. Die Rev. verkennt, daß das RPatA. bei der Erteilung des DRP. 517515 die Frage einer etwaigen Verletzung des Klagepatents durch die Benutzung des beantragten Patents gar nicht zu prüfen, sondern nur festzustellen hatte, wieweit das DRP. 274438 etwa neuheitsschädlich entgegenstand. Auch trotz Erteilung des DRP. 517515 — das inzwischen übrigens rechtskräftig vernichtet worden ist — blieb von vornherein die Frage offen, ob nicht vielleicht dieses Patent von dem DRP. 274438 abhängig sei. Irgendeine Stellungnahme des RPatA. zu dieser Frage ist im Erteilungsverfahren auch tatsächlich nicht erfolgt. Aus der Erteilung des DRP. 517515 können daher Schlüsse weder hinsichtlich des Verschuldens der Bekl. überhaupt noch hinsichtlich des Grades eines Verschuldens gezogen werden.

Unbegründet ist auch die Rüge der Rev., daß das OLG. die Frage eines eigenen Verschuldens der Kl. nicht geprüft habe, obwohl die Bekl. die verzögerte Geltendmachung der behaupteten Patentverletzung vorgebracht und damit diejenigen Tatsachen behauptet haben, die die Feststellung eigenen mitwirkenden Verschuldens i. S. des § 254 Abs. 2 BGB. rechtfertigen könnten. Das OLG. hat zwar diesen Rechtssatz nicht besonders zur Erörterung gestellt, hat aber die Behauptung der Bekl. selbst geprüft. Dabei hat es die Frage der sog. Verwirkung, die die Bekl. geltend gemacht haben, sorgfältig geprüft und diesen Einwand zurückgewiesen. Das will die Rev. nicht bemängeln. Es war daher nur zu prüfen, ob nicht damit auch schon gesagt ist, daß der Kl. nicht zum Vorwurf gemacht werden könne, sie habe es schuldhaft unterlassen, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Mit Recht hat die RevBekl. ausgeführt, daß das OLG. mit ausreichender Deutlichkeit eine solche schuldhafte Unterlassung der Kl. verneint hat. Es ist zunächst in Anlehnung an die Rspr. des erk. Sen. (RGZ. 139, 327 = JW. 1933, 2276 [7] m. Anm.) davon ausgegangen, daß es wie auf anderen Gebieten des gewerblichen Rechtsschutzes (z. B. Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht, vgl. Pinzger, WZR., 2. Aufl., Anm. 9 zu § 24 WZG. und die dort S. 206/7 zusammengestellte Rspr. des 2. ZivSen. des RG.) auch im Urheber- und Patentrecht zulässig ist, den Einwand der Verwirkung geltend zu machen, weil es mit Treu und Glauben unvereinbar erscheinen kann, wenn der Inhaber des Rechts durch langjähriges schweigendes Dulden die Entstehung eines Besitzstandes auf seiten des Patentverletzers gefördert hat, dessen Ausübung er jetzt unerwartet verbieten will. Mit Recht versagt das OLG. diesem Einwand den Erfolg, indem es in offensichtlicher Anlehnung an die auch für das Patentrecht zu billigende Rspr. des 2. ZivSen. des RG. betont, daß die Tatsache längeren Wartens allein den Verwirkungseinwand nicht begründen könne (RGZ. 111, 67 = JW. 1925, 2002; RGZ. 127, 321 = JW. 1930, 1694) und daß die Bekl. andere Tatsachen, insbes. ein positives Tun der Kl. nicht behauptet haben. Dem ist nur noch hinzuzufügen, daß das Vorhandensein eines redlichen und deshalb schutzwürdigen Besitzstandes auf seiten der Bekl. (RGZ. 137, 282 = JW. 1932, 3769 [9]; RGZ. 139, 363 = JW. 1933, 1579 [3]) nicht ausreichend unter Beweis gestellt war, deshalb auch vom OLG. nicht festgestellt werden konnte.

Der erk. Sen. hat schon wiederholt (z. B. in dem Urt. v. 29. März 1930: PWZBl. 30, 299) darauf hingewiesen, daß Tatbestände der hier fraglichen Art auch unter dem Gesichtspunkt eines Verschuldens des Verletzten zu prüfen sind. Aus dem ganzen Zusammenhang des angefochtenen Urt. ergibt sich, im Gegensatz zu der Ansicht der Rev., daß das OLG. diese Frage geprüft und verneint hat. Denn es betont, daß die Kl. durch ihr Verhalten nicht gegen Treu und Glauben verstoßen habe, hebt auch in anderem Zusammenhang hervor, daß die Kl. schon 1928 die Bekl. durch ihren Patentanwalt darauf habe aufmerksam machen lassen, daß gewisse jetzt beanstandete technische Maßnahmen gegen ihr DRP. 274438 verstießen, und daß die Kl. nichts getan habe, was die Bekl. hätte veranlassen können, anzunehmen, die Kl. habe ihren bisherigen Standpunkt aufgegeben. Damit ist klargestellt, daß das OLG. ein mitwirkendes Verschulden der Kl. verneinen wollte. Dieses noch besonders auszusprechen, war nicht erforderlich, zumal die Bekl. ihr tatsächliches Vorbringen unter diesem Gesichtspunkt gar nicht beleuchtet hatten.

In der mündlichen Verhandlung hat die Rev. noch ausgeführt, es sei im angefochtenen Urt. zu Unrecht nicht geprüft worden, ob nicht ein Verschulden der Kl. darin gefunden werden müsse, daß sie es unterlassen habe, die Bekl. auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen. Das ist nur beachtlich, wenn ein solcher Schaden vom Schuldner (Patentverletzer) weder vorausgesehen werden konnte. Zur Erörterung dieser Fragen lag für das OLG. kein Anlaß vor. Es ist bisher in keiner Weise ersichtlich, daß die Kl. einen ungewöhnlich hohen Schaden geltend machen will. Vielmehr ist anzunehmen, daß sie nach erfolgter Feststellung der Schadenersatzpflicht den ihr entstandenen Schaden in üblicher Weise nach einer der drei durch die Rspr. anerkannten Berechnungsmethoden geltend machen will. In keinem dieser Fälle kann von einem ungewöhnlich hohen und nicht vorhersehbaren Schaden die Rede sein. Dieses noch besonders auszusprechen, lag für das OLG. mangels einer diesbezüglichen Behauptung der Bekl. kein Anlaß vor.

Damit sind alle Rügen der Rev. erledigt, welche sich gegen die vom OLG. anerkannte schuldhafte Verletzung des DRP. 274438 richten. Insoweit kann die Rev. keinen Erfolg haben.

Dagegen rügt die Rev. mit Recht, daß das OLG. eine Stellungnahme zur Frage der Neuheitsschädlichkeit der amerikanischen Patentschrift 1679517 gegenüber dem klägerischen DRGM. 1231062 mit einer rechtlich nicht haltbaren Begründung abgelehnt habe. Die Bezugnahme auf diese Patentschrift ist erst in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem OLG. vorgetragen worden, ist aber nicht etwa gem. § 529 ZPO. zurückgewiesen worden, sondern im Hinblick auf die rechtskräftige Feststellung der Verletzung des Gebrauchsmusters durch die Bekl. als unzulässig bezeichnet worden. Das OLG. fügt hinzu, die Bekl. könnten sich jetzt auf das amerikanische Patent nur noch zum Nachweis mangelnder grober Fahrlässigkeit berufen. Das OLG. nimmt also an, daß auch für den Schadenersatzanspruch, soweit darüber noch nicht entschieden ist, eine rechtskräftige Entsch. über die objektive Patentverletzung rechtsverbindlich sei. Diese Auffassung ist zwar gelegentlich im Schrifttum vertreten worden, ist aber mit dem Grundgedanken des § 322 ZPO. unvereinbar und steht in schroffem Widerspruch zu der ständigen Rspr. des erk. Sen., dem sich auch das neueste Schrifttum widerspruchslos angeschlossen hat (vgl. Krauße, 2. Aufl., Anm. 7 III zu § 47 PatG.; Klauer-Möhring, Anm. 5 zu § 47 PatG.). Das RG. hat seit langer Zeit (vgl. RGZ. 49, 33) daran festgehalten, daß die objektive Patentverletzung durch Verurteilung zur Unterlassung für den noch nicht entscheidungsreifen Schadenersatzanspruch nicht rechtskräftig festgestellt wird, weil nur der geltend gemachte Anspruch, nicht aber ein sog. Urteilselement der Rechtskraft nach § 322 ZPO. fähig ist. Deshalb erkennt auch die Rspr. neben den Klageanträgen auf Unterlassung, Rechnungslegung und Zahlung des aus dieser sich ergebenden Schadenersatzsumme dem weiteren Antrag auf Feststellung der Schadenersatzpflicht das rechtliche Interesse an alsbaldiger Feststellung zu. Denn durch diese wird, sobald sie rechtskräftig geworden ist, allen Einwendungen, die den Grund des Schadenersatzanspruchs betreffen, der Boden entzogen: stets greift für die durch die Feststellung betroffene Zeit die Einrede der Rechtskraft durch. Eine solche Feststellung ist aber im vorliegenden Rechtsstreit hinsichtlich der Gebrauchsmusterverletzung für die Zeit v. 23. Sept. 1932 bis 22. Sept. 1933 bisher rechtskräftig nicht getroffen worden, ist vielmehr erst in der angefochtenen Entsch. enthalten. Wenn das OLG. also den nachgebrachten Einwand der Bekl. gegen die Rechtsbeständigkeit des klägerischen Gebrauchsmusters nicht als verspätet zurückweisen wollte, mußte es hierzu sachlich Stellung nehmen und konnte zu einer Verurteilung der Bekl. wegen Gebrauchsmusterverletzung nur gelangen, wenn es die Neuheitsschädlichkeit der amerikanischen Patentschrift 1679517 verneinte. Diese Prüfung ist nicht etwa deshalb entbehrlich, weil die Bekl. nicht ausdrücklich behauptet haben, daß die ge-

nannte Patentschrift vor Anmeldung des Gebrauchsmusters (23. März 1929) als öffentliche Druckschrift dem Publikum zugänglich geworden ist. Das amerikanische Patent 1679517 ist bereits am 7. Aug. 1928 erteilt, es ist deshalb anzunehmen, daß die Patentschrift noch im Jahre 1928 ausgegeben ist, zumal die Kl. die stillschweigend behauptete Priorität nicht beanstandet hat.

(RG., I. ZivSen., U. v. 20. Febr. 1937, I 237/36.) [P.]

*

**** 12. RG. — Antragsteller i. S. des § 37 Abs. 5 PatG. ist im Berufungsverfahren der Patentinhaber auch dann nicht, wenn er als BerKl. auftritt.**

In der Eingabe v. 11. Jan. 1937 hat die in erster Instanz vom RPatA. als Streitgehilfin der Nichtigkeitsklägerin zugelassene Nebenintervenientin von dem in Philadelphia (USA.) wohnenden Patentinhaber als BerKl. Sicherheitsleistung wegen der Kosten des Verfahrens verlangt, und zwar soll sich die Sicherstellung, wie in sinngemäßer Auslegung des Begehrens anzunehmen ist, sowohl auf die der Nebenintervenientin als auch auf die der Hauptpartei im Berufungsverfahren voraussichtlich erwachsenden Kosten erstrecken.

Der Antrag ist unbegründet. Zwar hat der Senat in seinem Beschl. v. 29. Jan. 1930, I 109/29 (RGZ. 127, 194 = JW. 1930, 224), den Grundsatz aufgestellt, daß der im Ausland wohnende Patentinhaber als BerKl. dem Nichtigkeitskläger als BerBekl. auf Verlangen gemäß § 28 Abs. 5 PatG. a. F. Sicherheit wegen der Kosten des Berufungsverfahrens zu leisten habe. Als Folge der Nichtleistung der Sicherheit bestimmt der Beschluß, daß die Berufung als zurückgenommen gelte.

Nach nochmaliger Prüfung kann indessen jener Grundsatz, der auch im Schrifttum Widerspruch gefunden hat (vgl. Krauße, 2. Aufl., Anm. 7a zu § 37 PatG.; Lutter, 10. Aufl., Anm. 6 zu § 37 PatG.) nicht aufrechterhalten werden.

Der Senat sieht allerdings keinen Anlaß, von der im Beschl. v. 29. Jan. 1930 vertretenen und seitdem in ständiger Rspr. (vgl. Beschlüsse v. 22. März 1930, I 44/30: MuW. 1930, 317 und v. 13. Okt. 1934, I 78/34: GRUR. 1934, 734) festgehaltenen Ansicht abzugehen, daß das Sicherheitsverlangen auch noch im Berufungsverfahren gestellt werden könne. Hieraus folgt indessen nichts für die Frage, wer im Berufungsverfahren als sicherheitspflichtiger Antragsteller anzusehen ist.

Der Begriff des Antragstellers ist mehrdeutig. Im Sinne der Kostengesetze ist als Antragsteller auch anzusehen, wer einen bestimmten Verfahrensabschnitt, z. B. auch einen Rechtszug durch seinen Antrag in Gang bringt. Insofern ist es wohl möglich, den BerKl. als Antragsteller anzusehen. Es sprechen aber überwiegende Gründe dagegen, i. S. von § 37 Abs. 5 PatG., der dem § 28 Abs. 5 PatG. a. F. wörtlich entspricht, auch den Rechtsmittelkläger als Antragsteller zu behandeln.

Die Vorschrift ist ebenso wie die wesensgleichen Bestimmungen der §§ 110 ff. ZPO. mit Rücksicht auf die Schwierigkeiten getroffen, die der Vollstreckung der gegen den abgewiesenen Antragsteller ergangenen Kostenentscheidung im Auslande entgegenstehen. Nach dem im § 37 Abs. 5 Satz 1 PatG. vorausgesetzten Regelfall bezieht sich die Pflicht eines im Auslande wohnenden Nichtigkeitsklägers zur Sicherheitsleistung auf die Kosten des ganzen als eine Einheit gedachten Nichtigkeitsverfahrens, also nicht nur auf den ersten Rechtszug, sondern auch auf das Berufungsverfahren. Demgemäß hat das RPatA. bei der ihm übertragenen Festsetzung der Sicherheit auch die Kosten eines stets in Rechnung zu stellenden Berufungsverfahrens zu berücksichtigen, obwohl nicht vorauszusehen ist, wer im Berufungsverfahren die Stellung des BerKl. haben wird (vgl. Lutter, Anm. 6 zu § 37 PatG.). Für die Bemessung der Sicherheit ist in dem gedachten Falle lediglich der Gesichtspunkt maßgebend, daß dem Inhaber des angegriffenen Patents im Falle seines endgültigen Obsiegens Gewähr für die Erstattung der entstehenden Kosten gegeben sein soll. Schon diese Erwägungen legen das Ergebnis nahe, daß der Gesetzgeber als Antragsteller nur den Nichtigkeitskläger im Auge hat.

Verstärkt wird diese Annahme durch den erkennbaren Zusammenhang des Abs. 5 mit Abs. 1 des § 37 PatG. Nach § 37 Abs. 1 PatG. wird das Nichtigkeitsverfahren als echtes Streitverfahren nur auf Antrag eingeleitet. Die Stellung des Antragstellers behält der Nichtigkeitskläger für das ganze Nichtigkeitsverfahren, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob es vor dem RPatA. oder im Berufungsverfahren vor dem RG. anhängig ist, und wer im letzteren Falle das Rechtsmittel eingelegt hat; denn Voraussetzung für eine Sachentscheidung ist, daß der Antrag auf völlige oder teilweise Vernichtung des Patents aufrechterhalten wird. Im Falle der jederzeit möglichen Zurücknahme des Antrages erledigt sich der Nichtigkeitsstreit. Unabhängig von seiner formellen Rolle als Rechtsmittelkläger oder -beklagter ist somit der Nichtigkeitskläger auch in der BerInst. der das Nichtigkeitsverfahren betreibende Antragsteller. Er muß deshalb, wenn er im Auslande wohnt, als ein vom Patentinhaber als BerKl. gestelltes Verlangen noch im Berufungsverfahren Sicherheit wegen der Kosten dieser Instanz leisten, und zwar mit der Folge, daß im Falle der Nichtleistung der Sicherheit die Nichtigkeitsklage als zurückgenommen gilt.

Es kann nun aber nicht angenommen werden, daß das Gesetz für den Fall, daß der Patentinhaber im Auslande wohnt und Berufung eingelegt hat, den Begriff des Antragstellers für das Berufungsverfahren anders aufgefaßt hat. Es muß vielmehr als in der Absicht des Gesetzes liegend angesehen werden, daß lediglich der Patentinhaber vor den Kosten des Angriffs eines im Auslande wohnenden Nichtigkeitsklägers geschützt werden soll.

Bestätigt wird diese Auslegung durch die entsprechende Regelung in den §§ 110 ff. ZPO. und § 85 GKG. Für das Zivilprozeßverfahren ist es nach den angeführten Vorschriften der ZPO. unzweifelhaft, daß stets nur der Kl. Sicherheit zu leisten hat, und zwar für das gesamte Verfahren, einschließlich der möglichen Rechtszüge, ohne Rücksicht auf die nicht voraussehbare prozeßrechtliche Stellung, die er in diesen eingenommen wird. Das entspricht dem Grundgedanken des Gesetzes, das den Angegriffenen vor den Folgen schützen will, die ihm aus der Schwierigkeit der Eintreibung seiner Kosten erwachsen können, nicht aber den Angreifer (vgl. RGZ. 31, 385).

Daß auch die Vorschrift des § 85 Abs. 1 GKG., nach welcher als Kl. auftretende Ausländer im Zivilprozeß der Staatskasse gegenüber einer besonderen Vorschußpflicht hinsichtlich der Gerichtskosten unterliegen, auf den gleichen Erwägungen beruht, ist in dem Beschlusse des RG. (RGZ. 31, 385) mit ausführlicher Begründung dargelegt.

Nach alledem muß angenommen werden, daß entsprechend § 37 Abs. 5 PatG. unter dem Antragsteller nur den Nichtigkeitskläger versteht. Das Sicherstellungsbegehren der als Streitgehilfin der Kl. beigetretenen Nebenintervenientin ist daher als unbegründet zurückzuweisen.

(RG., I. ZivSen., Beschl. v. 20. März 1937, I 26/37.) [P.]

⟨= RGZ. 154, 225.⟩

*

**** 13. RG. — § 42 PatG. Gegen eine die Nichtigkeitsklage abweisende Entsch. des RPatA. kann der Patentinhaber nicht deshalb Berufung einlegen, weil das PatA. in den Gründen ausgesprochen hat, daß das Patent einschränkend auszulegen ist.**

Das RPatA. hat durch die angefochtene Entsch. v. 19. Nov. 1936 die gegen das DRP. 598125 gerichtete Nichtigkeitsklage abgewiesen und die Kosten des Verfahrens der Kl. auferlegt. In den Entscheidungsgründen wird zunächst der Gegenstand der einen tropffreien Ausguß an Kannen betreffenden Erfindung erörtert und sodann nach Prüfung des Standes der Technik festgestellt, daß die in dem Anspruch des Streitpatentes unter Schutz gestellte Vereinigung von Merkmalen, nämlich die be-

sondere Ausbildung 1. des Bodens und der Unterseite und 2. der Seitenwände der Ausgußtülle in den vorveröffentlichten Patentschriften nicht offenbart worden sei. Im Anschluß hieran bemerkt das RPatA. im Hinblick auf die britische Patentschrift 471 aus dem Jahre 1891, die Auffassung der Kl., der Gegenstand des Streitpatents unterscheide sich von dem britischen Patent nur dadurch, daß die Einbuchtung und die Lippen der Ausgußtülle ohne die im britischen Patent vorgesehene Rinne oder Bohrung aus der flachen Tüllenwandung gestaltet sei, erscheine „im Grunde besehen nicht unzutreffend“. Es führt hierzu aus, die Fortlassung der Rinne oder Bohrung des britischen Patents bilde tatsächlich den Kern des im Streitpatent unter Schutz gestellten Patentanspruchs. Diese Maßnahme habe, wie bereits in der Entsch. des BeschwSen. v. 9. April 1934 ausgesprochen sei, einen technischen Fortschritt von erfinderischer Bedeutung herbeigeführt, weil dadurch die Herstellung und die Bruchsicherheit der tropffreien Ausgußtülle verbessert worden sei. Auch sei damit der gebrauchstechnische Vorteil verbunden, daß eine Tülle ohne eingearbeitete Rinne nach dem Gebrauch leichter gereinigt werden könne. Es sei erwogen worden, ob das Patent durch eine auf die Fortlassung der Rinne oder Bohrung verweisende Fassungsänderung des Patentanspruchs teilweise zu vernichten sei. Der Nichtigkeitssenat habe hiervon aber abgesehen, weil die unterschiedliche Maßnahme sich aus dem Patentanspruch ohne eine grundlegende und daher patentrechtlich und sachlich nicht unbedenkliche Umformung nicht herauslösen lasse. Zur Schaffung klarer Rechtsverhältnisse sei eine solche Umgestaltung des Patentanspruchs nicht erforderlich gewesen; vielmehr habe die Klarstellung der Erfindung dazu genügt.

Die gegen die Entsch. des RPatA. noch vor Zustellung der schriftlichen Begründung eingelegte Berufung haben die Bekl. ursprünglich damit begründet, daß ihr Patentanspruch durch die Entsch. des RPatA. abgeändert und eingeschränkt worden sei. Sie haben diese Behauptung nach Zustellung der schriftlichen Entsch. nicht aufrecht erhalten, aber geltend gemacht, sie würden durch die Entsch. beschwert, weil ihr Patent durch die Auslegung des PatA. beschränkt worden sei, und sie hiervon ungünstige Rückwirkungen auf den zwischen den Parteien schwebenden Verletzungsstreit zu befürchten hätten. Diese Auffassung der Bekl. kann nicht als zutreffend anerkannt werden.

Der Grundsatz der ZPO., daß die Berufung eine mindestens formelle Beschwerung des Rechtsmittelklägers voraussetzt, gilt auch für Patentnichtigkeitssachen (Krauße, Anm. 1 c zu § 42 PatG.). Eine Beschwerung des Rechtsmittelklägers liegt regelmäßig nicht vor, wenn die Formel der Entsch. seinen Anträgen entspricht, und nur die Entscheidungsgründe ihm ungünstige Ausführungen enthalten. Die Gründe eines Urteils nehmen an der Rechtskraft der Entsch. über den durch die Klage oder die Widerklage geltend gemachten Anspruch nicht teil (Sydow-Busch, Anm. 3 zu § 322 ZPO. und die dort angeführte Rspr.). Deshalb können die bloßen Gründe der Entsch. den Rechtsmittelkläger nicht beschweren, wenn die Formel der Entsch. ihm alles zuspricht, was er verlangt hat. Das RPatA. hat die Nichtigkeitsklage abgewiesen und die Kosten des Verfahrens der Kl. auferlegt. Es hat damit den Anträgen der Bekl. in vollem Umfange entsprochen. Die Bekl. werden also durch die Formel der Entsch. des RPatA. nicht beschwert. Ihre Auffassung, daß die Begründung der Entsch. eine Beschränkung des Schutzumfanges ihres Patentes zur Folge habe, kann nicht gebilligt werden.

Das RG. hat in ständiger Rspr. daran festgehalten, daß die im Patenterteilungsverfahren vom PatA. „absichtlich verfügten Einschränkungen“ für den Patentinhaber in gleicher Weise verbindlich sind, wie die von ihm erklärten „unzweideutigen Verzichte“ (vgl. Krauße, Anm. 7 zu C II zu § 6 PatG.). Der innere Grund für diese Rspr. liegt in der Erwägung, daß der Patentinhaber die im Erteilungsverfahren über den Inhalt seiner Erfindung abgegebenen Erklärungen gegen sich gelten lassen muß und sich nicht auf die Behauptung zurückziehen darf, er habe die Erklärungen nur abgegeben, um möglichst rasch ein Patent zu erhalten (Pietzcker, Anm. 41 zu § 4 PatG.). Dies gilt nicht nur für die vom Patentinhaber erklärten Verzichte, sondern auch für die vom PatA. vorgenommenen Beschränkungen. Auch diese binden den Patentinhaber nur deshalb, weil er sich ihnen gefügt hat. Es folgt dies aus dem das ganze Patenterteilungsverfahren beherrschenden Grundsatz, daß gegen den Willen des Anmelders kein Patent erteilt werden darf (Krauße, Anm. 1 zu VI zu § 26 PatG.). Wenn der Patentsucher den Antrag auf Erteilung des Patentes aufrecht erhält, obwohl das PatA. ihm unzweideutig erklärt, daß es ihm das Patent nur unter gewissen Beschränkungen erteilen kann, so fügt er sich damit der vom PatA. verfügten Einschränkung. Zu dieser Erklärung muß der Patentinhaber auch nach der Erteilung des Patentes stehen.

Diese Grundsätze können keine Anwendung finden, wenn der Patentinhaber gegen eine die Nichtigkeitsklage abweisende Entsch. des RPatA. keine Berufung einlegt, und diese dadurch rechtskräftig wird. Da der Patentinhaber, wie bereits erörtert, gegen eine die Nichtigkeitsklage unter Belastung des Nichtigkeitsklägers mit den Kosten abweisende Entsch. ein Rechtsmittel nicht einlegen kann, weil er durch diese Entsch. nicht beschwert wird, kann aus der Nichteinlegung der Berufung auch nicht gefolgert werden, daß er sich einer in den Gründen ausgesprochenen Beschränkung des Schutzumfanges fügen will (RGZ. 85, 233; vgl. auch RGZ. 86, 202 und 415 = JW. 1915, 793). Es braucht nicht erörtert zu werden, ob der Hinweis des PatA. auf die einer Umformung des Patentanspruchs entgegenstehenden Schwierigkeiten es zu rechtfertigen vermag, daß das PatA. von einer teilweisen Vernichtung des Patentes Abstand genommen hat. Maßgebend ist allein die vom PatA. getroffene Entsch. Da durch diese die Kl. abgewiesen ist, sind die Patentinhaber nicht in der Lage, die Entsch. mit einem Rechtsmittel anzugreifen. Daraus folgt aber, daß aus der Nichtdurchführung der Berufung den Patentinhabern ungünstige Folgerungen hinsichtlich des Schutzumfanges ebensowenig gezogen werden können, wie dies bei einer Verwerfung der Berufung wegen Unzulässigkeit des Rechtsmittels der Fall wäre. Der Schutzumfang des Streitpatents ist im Verletzungsstreit ohne Bindung an die in der Entsch. des RPatA. ausgesprochene Auffassung lediglich nach dem der freien Würdigung des Verletzungsgerichtes unterliegenden Stande der Technik zu bestimmen.

Bei dieser Sachlage mußte den Patentinhabern das von ihnen nachgesuchte Armenrecht versagt werden. Zwar setzt die Bewilligung des Armenrechts für das Nichtigkeitsverfahren die Prüfung der Aussichten der Berufung nach § 42 Abs. 4 PatG. nicht voraus. Aber die Bewilligung des Armenrechts ist auch für den Fall der nachgewiesenen Bedürftigkeit des Nichtigkeitsbeklagten in das Ermessen des RG. gestellt. Bei offensichtlicher Unzulässigkeit des eingelegten Rechtsmittels muß die sachgemäße Ausübung des Ermessens zur Versagung des Armenrechts führen.

(RG., I. ZivSen., Beschl. v. 27. Febr. 1937, I 18/37 — I A 3/37.) [P.]

⟨= RGZ. 154, 140.⟩

*

**** 14. RG. — § 519 Abs. 6 S. 4 ZPO. findet nicht entsprechende Anwendung auf den Antrag aus § 53 PatG.**

Gegen das die Klage abweisende Urteil des LG. vom 6. April 1936 hat der Kl. Berufung eingelegt und gleichzeitig um die Bewilligung des Armenrechts für die BerInst. gebeten. Das KG. hat dem Kl. sodann das nachgesuchte Armenrecht durch den Beschl. v. 23. Jan. 1937, der dem Kl. am 3. Febr. 1937 zugestellt worden ist, verweigert. Durch Verfügung v. 6. Febr. 1937 hat der Vorsitzende des BG. dem Kl. eine Frist für die Beibringung des Nachweises über die Zahlung der Prozeßgebühr im Betrage von 195 *RM* bestimmt und diese Frist auf den Antrag des Kl. bis zum 20. März 1937 verlängert. Am 19. Febr. 1937 hat der Kl. den Antrag eingereicht, auf Grund von § 53 PatG. anzuordnen, daß seine Verpflichtung zur Zahlung der Gerichtskosten nach einem auf 500 *RM* festzusetzenden Teil des Streitwertes bemessen werde. Diesen Antrag hat das KG. durch den dem Kl. am 24. März 1937 zugestellten Beschl. v. 10. März 1937 zurückgewiesen. Am 6. April 1937 hat der Kl. die Prozeßgebühr von 195 *RM*

eingezahlt und sodann, nachdem er zunächst in einer Eingabe v. 7. April 1937 geltend gemacht hatte, daß die Frist zur Zahlung der Prozeßgebühr durch sein Armenrechtsgesuch vom 18. Febr. 1937 bis zum 6. April 1937 gehemmt worden sei, am 14. April 1937 den Antrag gestellt, ihm die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Beibringung des Nachweises über die Zahlung der Prozeßgebühr zu gewähren, weil er vor der Entsch. über sein Gesuch auf Anordnung der Gerichtskostenzahlung nach einem Teile des Streitwertes nicht in der Lage gewesen sei, den von ihm zu zahlenden Betrag der Prozeßgebühr festzustellen. Durch den Beschl. v. 17. April 1937 hat das BG. die Berufung des Kl. unter Zurückweisung seines Antrages auf Wiedereinsetzung als unzulässig verworfen.

Die sofortige Beschwerde des Kl. ist sachlich nicht begründet. Da der Kl. das bei der Einlegung der Berufung eingereichte Armenrechtsgesuch vor der Bestimmung einer Frist zur Beibringung des Nachweises über die Zahlung der Prozeßgebühr gestellt hatte, würde die ihm nach der Ablehnung seines Gesuchs gestellte Frist durch ein neues Armenrechtsgesuch gemäß den Bestimmungen des § 519 Abs. 6 ZPO. gehemmt worden sein (RGZ. 117, 136; WarnRspr. 1928 Nr. 17; Sydow-Busch, Anm. 12 zu § 519 ZPO.). Der Kl. hat aber nicht ein neues Armenrechtsgesuch gestellt, sondern beantragt, anzuordnen, daß er die Gerichtskosten nur nach einem Teil des Streitwertes zu zahlen habe. Da der Kl. zur Begründung dieses Antrages geltend gemacht hat, daß die Anordnung gemäß § 53 PatG. ohne Prüfung der Aussichten des eingelegten Rechtsmittels zu erlassen sei, ist es auch nicht angängig, seinen Antrag in eine Wiederholung des Armenrechtsgesuches umzudeuten. Hieran kann es auch nichts ändern, daß der Kl. in dem Antrage darzulegen versucht hat, daß seine Berufung trotz der abweichenden Stellungnahme des BG. Aussicht auf Erfolg habe. Denn der Kl. hat dies ersichtlich nur getan, um dem Bedenken zu begegnen, daß nach der Ablehnung des Armenrechtsgesuchs wegen Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung auch eine Anordnung aus § 53 PatG. nicht mehr erlassen werden könne.

Die in der sofortigen Beschwerde vertretene Ansicht, daß der Antrag auf Erlaß einer Anordnung gemäß § 53 PatG. auf die Frist zur Beibringung des Nachweises über die Zahlung der Prozeßgebühr die gleiche hemmende Wirkung ausüben müsse, wie ein Armenrechtsgesuch, kann als zutreffend nicht anerkannt werden. Allerdings kann der Antrag auf Erlaß einer Anordnung gemäß § 53 PatG. nicht als ein Antrag auf Herabsetzung des Streitwertes aufgefaßt werden, wie ihn das KG. in dem angef. Beschluß verstehen will. Denn der Streitwert ist auch dann nach den einschlägigen Vorschriften der ZPO. zu ermitteln und festzusetzen, wenn das Gericht eine Anordnung gemäß § 53 PatG. erläßt. Diese Anordnung geht lediglich dahin, daß die begünstigte Partei die Gerichtskosten nicht nach dem vollen — gemäß den allgemein gültigen Bestimmungen festzusetzenden — Streitwert, sondern nach einem ihrer Wirtschaftslage angepaßten Teile des Streitwertes zu zahlen hat. Mit einer Streitwertherabsetzung hat diese Anordnung nichts zu tun. Aber die Vorschriften des § 519 Abs. 6 ZPO. über die Hemmung der Frist für die Beibringung des Nachweises über die Zahlung der Prozeßgebühr durch ein Armenrechtsgesuch können deshalb nicht auf den Antrag einer Anordnung aus § 53 PatG. angewendet werden, weil es an einer entsprechenden gesetzlichen Bestimmung fehlt. Wenn die in der sofortigen Beschwerde vertretene Ansicht von der Gleichheit der rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung eines Armenrechtsgesuchs und des Antrages auf Erlaß einer Anordnung auf Zahlung der Gerichtskosten nach einem Teile des Streitwertes zuträfe, so hätte dies den Gesetzgeber veranlassen können, Erwägungen über die Zweckmäßigkeit einer entsprechenden Anwendung der Bestimmungen des § 519 Abs. 6 Satz 4 ZPO. auf den Antrag aus § 53 PatG. anzustellen. Den Richter können derartige Erwägungen nicht berechtigen, eine Bestimmung zu erlassen, von der der Gesetzgeber abgesehen hat. Denn zwischen der Bewilligung des Armenrechts und einer Anordnung auf Zahlung der Gerichtskosten nach einem Teile des Streitwertes bestehen entgegen der Auffassung der sofortigen Beschwerde hinsichtlich ihrer Voraussetzungen und ihrer Wirkungen so tiefgreifende Unterschiede, daß eine sinngemäße Anwendung der für das Armenrecht geltenden Bestimmungen auf die Anordnung aus § 53 PatG. ohne ausdrückliche Anordnung des Gesetzgebers nicht in Betracht kommen kann. Während das Armenrecht nach § 114 Abs. 1 ZPO. einer Partei nur bewilligt werden kann, wenn sie außerstande ist, ohne Beeinträchtigung des für sie und ihre Familie notwendigen Unterhalts Prozeßkosten zu bestreiten, setzt die Anordnung gemäß § 53 PatG. voraus, daß die Belastung mit den Prozeßkosten nach dem vollen Streitwert die wirtschaftliche Lage der unterliegenden Partei erheblich gefährden würde. Das Armenrecht muß bei dem Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen bewilligt werden, die Anordnung auf Zahlung der Gerichtskosten nach einem Teile des Streitwertes ist in das Ermessen des Gerichts gestellt. Das Armenrecht darf nur bewilligt werden, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung eine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint. Für die Anordnung auf Zahlung der Gerichtskosten nach einem Teil des Streitwertes ist eine entsprechende Prüfung nicht vorgeschrieben. Nach der amtlichen Begründung ist dies unterblieben, weil die Tatsache, daß die Partei in jedem Falle ihrer Leistungsfähigkeit angemessene Prozeßkosten aufwenden muß, im Regelfall eine ausreichende Gewähr dafür bietet, daß sie von einer aussichtslosen oder mutwilligen Rechtsverfolgung Abstand nehmen wird. Ob und inwieweit das Gericht berechtigt ist, eine aus anderem Anlaß, z. B. bei der Entsch. über ein Armenrechtsgesuch gewonnene Anschauung von den Aussichten der Rechtsverfolgung bei der Anwendung seines Ermessens zu berücksichtigen, braucht hier nicht entschieden zu werden. Der Antrag auf Bewilligung des Armenrechts kann in jeder Lage des Rechtsstreits gestellt werden, der Antrag auf Anordnung der Zahlung der Gerichtskosten nach einem Teile des Streitwertes ist vor der Verhandlung zur Hauptsache anzubringen, kann aber, wie das KG. in seinem Beschlusse zutreffend ausführt, in der höheren Instanz vor der Verhandlung zur Hauptsache noch gestellt werden, wenn er in der unteren Instanz nicht gestellt ist. Durch die Bewilligung des Armenrechts erlangt die Partei die einstweilige Befreiung von den Kosten, bleibt zu ihrer Nachzahlung im Falle ausreichender Besserung ihrer wirtschaftlichen Lage aber verpflichtet. Die Anordnung der Zahlung der Gerichtskosten nach einem Teile des Streitwertes befreit die Partei endgültig von der Zahlung der von den nicht berücksichtigten Teilen des Streitwertes zu berechnenden Kosten. Dagegen läßt die Anordnung die Verpflichtung der Partei zur fristgerechten Zahlung der nach dem bestimmten Teile des Streitwertes zu erhebenden Kosten unberührt. Schon diese Hervorhebung der zwischen der Bewilligung des Armenrechts und der Anordnung der Zahlung der Gerichtskosten nach einem Teile des Streitwertes bestehenden Unterschiede, die eine vollständige Aufzählung aller Unterschiede nicht darstellt, zeigt, daß die von der sofortigen Beschwerde vertretene Auffassung der weitgehenden Übereinstimmung beider Maßnahmen nicht haltbar ist. Danach erscheint es nicht zulässig, die Bestimmungen des § 519 Abs. 6 Satz 4 ZPO. über die hemmende Wirkung des Armenrechtsgesuchs auf den Antrag des Erlasses einer Anordnung gemäß § 53 PatG. entsprechend anzuwenden. Härten können sich aus dieser Rechtslage nicht ergeben, weil die Partei, welche den Antrag auf Erlaß der Anordnung gemäß § 53 PatG. stellt, durch rechtzeitigen Antrag die Verlängerung der Frist für die Beibringung des Nachweises über die Zahlung der Prozeßgebühr erreichen kann. Die Voraussetzungen einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist sind nach der insoweit einwandfrei begründeten Entsch. des KG. schon deshalb nicht gegeben, weil die Versäumung der Frist nicht auf einen unabwendbaren Zufall zurückzuführen ist. Der Kl. hätte die weitere Verlängerung der bis zum 20. März 1937 laufenden Frist für die Beibringung des Nachweises über die Zahlung der Prozeßgebühr beantragen müssen, als er Grund zu der Annahme erhielt, daß ihm die Entsch. über seinen Antrag nicht mehr rechtzeitig zugestellt werden werde.

(RG., I. ZivSen., Beschl. v. 24. Mai 1937, I B 3/37.) [Hn.]

Warenzeichengesetz

**** 15. RG. — §§ 4, 12—16, 18, 19 WZG.; § 1 UnlWG.; §§ 242, 826 BGB.**

1. Die Schutzwirkung eines Warenzeichens besteht für die eingetragenen und ihnen gleichartigen Waren sowie gegenüber den gleichen und gleichartigen Waren.

2. Ein Warenzeichen, das nur deshalb eintragungsfähig ist, weil es sich durchgesetzt hat, genießt keinen geringeren Schutzumfang als ein Zeichen, das von vornherein eintragungsfähig ist. Gerade bei solchen durch den hohen Geldaufwand für die Durchsetzung im Verkehr besonders kostbaren Zeichen hat es sich sogar als notwendig erwiesen, sie gegen die Verwendung für nicht gleichartige Waren zu schützen, was nur nach Wettbewerbs- und allgemeinbürgerlichem Recht geschehen kann.

3. Ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des Warenzeichenrechts ist nicht gegeben, wenn der Verletzer nicht gleiche, sondern nur gleichartige Waren vertreibt und die Möglichkeit, daß ein Bezieher des Verletzten gelegentlich statt der Waren des Verletzers Waren des Verletzten bezogen hätte, nur entfernt ist.

4. Ein Anspruch, unter Verletzung des Warenzeichenrechts hergestellte Erzeugnisse aus dem Verkehr zu ziehen, kann nur bestehen, wenn der Verletzer die Möglichkeit hat, die von ihm in den Verkehr gebrachten streitigen Waren zurückzuerwerben; ein solcher Anspruch kann nicht aus dem warenzeichenrechtlichen Unterlassungsgebot, sondern höchstens aus der Beseitigungsklage nach § 1004 BGB. oder einem Schadensersatzrecht hergeleitet werden.

Der Kl., welche seit langem besteht und Seifen und Waschmittel herstellt und vertreibt, ist auf ihre Anmeldung vom 10. Okt. 1933 am 22. Mai 1934 das Wort Standard als Warenzeichen in Klasse 34 für Seifen und Waschmittel in harter, weicher und flüssiger Form, sowie für Bleichmittel eingetragen worden. Der Bekl. erzeugt und vertreibt seit 1. Okt. 1933 Scheuersand, Vogelsand und Katzenstreu und benutzt dabei gleichfalls das Wort Standard, das nach seiner Ansicht eine freie Beschaffenheitsangabe ist. Er nennt seine Erzeugnisse „Standard Scheuermittel", „Standard Katzenstreu", „Standard Scheuersand". Die Kl. hat ihn im April 1934 aufgefordert, seine Waren nicht mehr unter dem Namen Standard zu verkaufen, was er abgelehnt hat. Er hat im Dez. 1934 beantragt, das Wortzeichen der Kl., das gem. § 4 Abs. 1 Ziff. 1 WZG. nicht habe eingetragen werden dürfen, auf Grund des § 8 Abs. 1 Ziff. 2 WZG. zu löschen. Durch Beschluß des PatA. v. 3. Mai 1935 ist der Löschungsantrag zurückgewiesen worden, weil sich das Wort Standard im Verkehr als Kennzeichen für die angegebenen Waren der Kl. durchgesetzt habe. Dafür hatte sich das PatA. schon im Anmeldeverfahren Nachweise von der Kl. erbringen lassen.

Mit ihrer im Juli 1935 erhobenen, rechtlich auf § 12 WZG.; § 1004 BGB.; § 1 UnlWG.; §§ 823 Abs. 2, 826 BGB., in der Berufung auch auf § 15 WZG. gestützten Klage hat die Kl. zunächst beantragt, dem Bekl. unter Strafandrohung zu verbieten, seine Erzeugnisse Standard-Scheuermittel, Standard-Katzenstreu, Standard-Scheuersand unter dem Wort „Standard" auf den Markt zu bringen und feilzuhalten oder ein mit dem Wort Standard verbundenes Wort zu benutzen, ferner hat sie Verurteilung des Bekl. beantragt zur Rechnungslegung über die seit 11. April 1934 — Tag der Aufforderung, das Wort Standard nicht mehr zu gebrauchen — unter dem Namen Standard in den Handel gebrachten Erzeugnisse, zum Schadensersatz in der aus der Rechnungslegung sich ergebenden Höhe und zur Zurückziehung der unter dem Namen Standard im Verkehr befindlichen angeführten Erzeugnisse. Nach Abweisung der Klage im ersten Rechtszug hat die Kl. im Berufungsverfahren nach Wiederholung ihrer Anträge zuletzt den ersten, das Verbot des Gebrauches des Wortes Standard betreffenden Teil dahin geändert, der Bekl. solle verurteilt werden, es zu unterlassen, seine Erzeugnisse „Standard"-Scheuermittel (Blitzblank) und „Standard"-Katzenstreu unter dem Worte „Standard" auf den Markt zu bringen oder feilzuhalten. Sie hat dazu erklärt, sie habe das Wort Scheuermittel von Anfang an für den vom Bekl. vertriebenen Scheuersand gemeint, der wegen der Zusätze kein reiner Scheuersand sei, und unter dem mit dem Worte Standard verbundenen Wort habe sie das Wort Blitzblank gemeint. Schon mit der Klageschrift war neben zwei Hüllen: „Standard Katzenstreu präpariert — desinfiziert, verhütet daher jeden üblen Geruch" eine Hülle des Bekl. übergeben worden, die bedruckt ist: „Blitzblank Standard. Mit Soda, Seife und Salmiak. Zum Scheuern und Putzen nur Standard benutzen". „Reinigt leicht und mühelos sämtliche Metalle, Holz-, Porzellan-, Emaille- und Glaswaren."

Das BG. hat die Berufung der Kl. zurückgewiesen. Auf die Rev. hat das RG. das angefochtene Urteil aufgehoben und den Bekl. verurteilt, es zu unterlassen, sein Scheuermittel, auch als Blitzblank, und sein Reinhaltungsmittel, auch als Katzenstreu bezeichnet, unter dem Wort „Standard" auf den Markt zu bringen oder feilzuhalten.

I. Der Vorderrichter geht davon aus, zufolge seiner Eintragung genieße das der Kl. zustehende Warenzeichen „Standard" den Schutz des § 12 WZG. (a. Fass.), der sich r e g e l m ä ß i g nicht nur auf gleiche, sondern auch auf gleichartige Waren erstrecke. Der zeichenrechtliche Schutz gehe hier aber über die eingetragenen Waren n i c h t hinaus, weil das Zeichen „Standard" nach den Verkehrsgewohnheiten eine Beschaffenheitsangabe und somit grundsätzlich „Freizeichen im wahren (weiteren?) Sinne" geblieben sei.

Zum selben Ergebnis glaubt der Vorderrichter unter dem Gesichtspunkt des Mißbrauchs des formalen Zeichenrechts gelangen zu müssen. Nach dem Grundgedanken des Gesetzes dürften im freien Verkehr stehende Bezeichnungen nicht etwa von einem einzelnen Unternehmer für seine Ware monopolisiert werden, sondern sie müßten dem Verkehr weiter offengehalten werden.

Aber auch auf das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb könne die Kl. ihre Ansprüche nicht stützen. Da das Wort Standard sich nur für „Seifen und Waschmittel in harter, weicher und flüssiger Form und für Bleichmittel" im Verkehr als Bezeichnung der Herkunft von der Kl. durchgesetzt haben könne, im übrigen aber nach wie vor ein freies Wort geblieben sei, könne keine Rede davon sein, daß der Bekl., der das Zeichen Standard zwar t e i l w e i s e für der Kl. gleichartige, indessen doch noch für andere Ware benutze, das Arbeitsergebnis der Kl. ausbeute. Ausbeutung allein genüge übrigens nach neuester Rspr., auch des RG., nicht für die Annahme sittenwidrigen Handelns; notwendig wäre dazu, daß noch etwas weiteres, hier nämlich eine Täuschung über die Herkunft, dazukomme. Diese Täuschung sei aber bereits verneint.

II. Die Rev. rügt sachlich-rechtlich die Verletzung der §§ 4, 12, 13, 14, 15 WZG., des § 1 UnlWG. und der §§ 242, 826 BGB., sowie Verstöße gegen die Verfahrensvorschriften der §§ 286, 313 Nr. 4, 551 Nr. 7 ZPO.

1. Zu prüfen ist das am 23. Juli 1936 auf Grund der Berufungsverhandlung v. 16. Juli ergangene Urteil, da das am 8. Mai 1936 verkündete neue Warenzeichengesetz erst am 1. Okt. 1936 in Kraft getreten ist, § 37 WZG. n. Fass., nach dem alten Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen (WZG.) v. 12. Mai 1894 i. d. Fass. v. 7. Dez. 1923 (RGBl. II, 437, 445). Denn im Falle einer Gesetzesänderung hat das RevG. bei der Nachprüfung des BU. grundsätzlich das zur Zeit der Erlassung des BU. geltende Recht anzuwenden (RGZ. 128, 66 = JW. 1930, 1493 und RGZ. 128, 344 = JW. 1930, 2532). Eine Ausnahme hiervon kommt hier nicht in Betracht; denn das neue WZG. legt sich keine rückwirkende Kraft bei, sondern enthält neben Übergangsbestimmungen für die Weiterbehandlung der vor seinem Inkrafttreten eingegangenen Anmeldungen (§ 38 Abs. 2) nur die Bestimmung in § 38 Abs. 1, daß die Rechtsverhältnisse der vor dem Inkrafttreten eingetragenen Warenzeichen sich nach den Vorschriften des neuen Gesetzes regeln, daß dagegen, wer vor dem Inkrafttreten ein Recht verletzt habe, nach den bisherigen Vorschriften hafte. Zwingende Vorschriften des neuen Zeichenrechtes, die auch für den Streitfall in der Vergangenheit Beachtung erheischten, kommen nicht in Frage; in allen hier in Betracht zu ziehenden Punkten besteht vielmehr weitgehende Übereinstimmung zwischen dem neuen und dem alten Zeichen-

recht. Diese Übereinstimmung der Sache nach gilt gerade auch für die Unterscheidung zwischen „Freizeichen“, denen nach § 4 des alten WZG. am Eingang die Eintragung in die Zeichenrolle zu versagen war und die nach § 4 Abs. 1 neues WZG. nicht in die Zeichenrolle eingetragen werden können, und anderen mit dem Antrag auf Eintragung und die dadurch zu bewirkende Erhebung zum Warenzeichen an das PatA. herangetragenen Warenbezeichnungen („Warenzeichen“, „Zeichen“), denen nach § 4 Abs. 1 Nr. 1—3 altes WZG. die Eintragung weiter zu versagen war und die nach § 4 Abs. 2 Nr. 1—5 neues WZG. von der Eintragung ausgeschlossen sind. Der Unterschied besteht darin, daß „Freizeichen“ ihrem Begriff nach für bestimmte Waren, für die sie Geltung haben, als Zeichen, d. h. warenzeichenmäßig von jedem, der solche Waren führt, gebraucht werden können — sie werden nur für niemand eingetragen —, daß aber jene ausgeschlossenen Warenbezeichnungen, wenn überhaupt, gerade nicht „warenzeichenmäßig“, d. h. zur Kennzeichnung der Herkunft der Ware (RGZ. 117, 408 [410/411]) benutzt werden dürfen. Soweit dies letzte nicht aus der Natur der Sache folgt, Nr. 2, 3 altes WZG., ist es für die in Nr. 1 erwähnten Bezeichnungen im Verhältnis zu eingetragenen Zeichen in sachentsprechender Beschränkung des Wortlauts des § 13 altes WZG. durch die Rspr. festgestellt und nun im neuen WZG. § 16 durch Aufnahme der Worte: „sofern der Gebrauch nicht warenzeichenmäßig erfolgt“ gesetzlich anerkannt worden. Die Verkennung dieses Unterschieds hat den Vorderrichter zu einer unrichtigen Stellungnahme zu diesem Streitfall geführt. Die Folge dieser Stellungnahme wäre die, daß ein Unterschied zu machen wäre zwischen den Zeichen, die frei eintragbar gewesen sind, und denen, die in den Fällen der Nr. 1 des § 4 altes und neues WZG. deswegen eingetragen worden sind, weil sich das Zeichen im Verkehr als Kennzeichen der Waren des Anmelders durchgesetzt hat — Zulassung der Eintragung nun in § 4 Abs. 3 neues WZG. ausdrücklich gesetzlich angeordnet, bisher schon geübt im Anschluß an zwischenstaatliche Bestimmungen des sog. Pariser Unionsvertrages in der Praxis des PatA. wie der Gerichte (vgl. Urteile zu der Zahl 4711 v. 9. Juli 1926, II 286/25: JW. 1926, 2536[12]; vom 18. Sept. 1931, II 498/30: JW. 1932, 1841[17] und v. 26. Juni 1934, II 28/34 Atikah: JW. 1934, 2408[8]). Dieser Unterschied bezieht sich nicht auf die eingetragene Zeichenform im Verhältnis zu Abweichungen, mit denen sie ein anderer gebraucht (§§ 12, 20 altes WZG.; §§ 15, 31 neues WZG.) — in dieser Hinsicht stellt z. B. das bereits erwähnte Urteil zur Zahl 4711: JW. 1932, 1841[17] = MuW. 1931, 566 unter Einschränkung übermäßiger Ausdehnung des Schutzanspruches das zufolge der Durchsetzung eingetragene Zahlenzeichen einem anderen Warenzeichen gleich —, sondern auf den Schutzbereich im Gebiet der Warenarten. Der Schutz des zufolge Durchsetzung eingetragenen Zeichens soll sich nach Ansicht des BG. streng auf die Warenarten des Inhabers beschränken, für welche sich das Zeichen im Verkehr als Kennzeichen der Waren des Anmelders durchgesetzt hat. Aber gleichartige Waren soll ein anderer mit dem Zeichen in jeder Form — also auch genau der eingetragenen — warenzeichenmäßig versehen dürfen, wenn eben das Zeichen in Worten besteht, die unter § 4 Nr. 1 WZG. alte und neue Fass. gehören, also z. B. eine Angabe über die Beschaffenheit der Ware enthalten. Dabei wird das Wort „Standard“, weil es nach der Anführung des PatA. soviel wie „Regel, Muster, Vorbild, Typus“ bedeutet, ohne weiteres einer verkehrsnotwendigen Beschaffenheitsangabe i. S. des WZG. gleichgesetzt, während das Wort ersichtlich gar nicht dazu bestimmt und geeignet ist, über die stoffliche Beschaffenheit der Ware, mit der es in Verbindung gebracht ist, etwas auszusagen, sondern in hoher Steigerung, etwa gleich „vorbildlich“, die Güte der jeweils dargebotenen Ware anpreisen will (vgl. dazu das Urteil dieses Senats v. 6. Juni 1930, II 390/29 zu Standard-Licht) nach fast völlig übereinstimmenden Auskünften sämtlicher deutschen Handelskammern „ein allgemeine, auf den verschiedensten Geschäftsgebieten verwendete Beschaffenheitsangabe mit der Bedeutung besonderer Vollkommenheit“. Mag man hierbei in weiter Dehnung des Begriffes „Beschaffenheitsangabe“ von einer solchen überhaupt zu sprechen berechtigt sein, so wird die Verkehrsnotwendigkeit eines solchen schillernden Fremdwortes zur Kennzeichnung der Vollkommenheit der Ware sicher starken Bedenken ausgesetzt sein. Aber dem WZG. war und ist eine derartige Unterscheidung im Schutzumfang der eingetragenen Zeichen, wie sie der Vorderrichter anwendet, der aus dem Zeichen, das nur deshalb eintragungsfähig ist, weil es sich durchgesetzt hat, ein Zeichen zweiter Ordnung machen will, durchaus fremd. Im alten WZG. § 12 und übereinstimmend damit im neuen § 15 ist als Wirkung der Eintragung eines Warenzeichens ohne jeden Unterschied bestimmt, daß dem Eingetragenen das Recht ausschließlich (oder allein) zusteht, Waren „der angemeldeten Art oder ihre Verpackung oder Umhüllung mit dem Warenzeichen zu versehen“. Durch die Worte „der angemeldeten Art“ in dieser Gesetzesstelle ist ausgedrückt (RGZ. 108, 34 [37]), daß die Wirkung besteht für die eingetragenen und ihnen gleichartige Waren, sowie gegenüber den gleichen (oder denselben) und gegenüber gleichartigen Waren, die das Gesetz in anderen Stellen als gleichstehend nebeneinander anführt (altes §§ 5, 9 Abs. 1 Nr. 1, 15, neues §§ 4 Abs. 2 Nr. 5, 11 Abs. 1 Nr. 1, 25 Abs. 1). Daß durch die Eintragung des Zeichens der Kl. für sie so lange, als es eingetragen ist, ein wirksames Zeichenrecht begründet worden ist und Löschungsgründe nicht im Wege der Einwendung, sondern nur durch Löschungsklage (oder Löschungswiderklage, die nicht erhoben worden ist) geltend gemacht werden könnten (§ 9 Abs. 3 altes WZG.; § 11 Abs. 2 neues WZG.), anerkennt auch der Vorderrichter. Für seine Einschränkung des Schutzumfangs der auf Grund der Durchsetzung im Verkehr eingetragenen, an sich ausgeschlossenen Zeichen läßt sich aus dem von ihm angeführten Erkenntnis (RGZ. 102, 355, Urt. v. 1. Juli 1921, II 33/21) zu einer Löschungsklage auf Grund eines älteren Warenzeichens gegenüber einem jüngeren, der das RG. stattgegeben hat, nichts gewinnen. Dort ist zwar zu einem 1909 für Zigaretten, Zigarettenpapier und Zigarettenhülsen eingetragenen Wortzeichen Juno, das 1908 als Freizeichen für Zigarren — also eine gleichartige Ware — erklärt worden war, gesagt, das Wort Juno könne als Freizeichen für Zigarren nicht Warenzeichen für diese (Zigarren) sein. Deshalb könne auf Grund des eingetragenen Zeichens nicht verboten werden, Zigarren mit dem für diese geltenden Freizeichen Juno zu bezeichnen, obgleich Zigarren gleichartige Waren seien im Verhältnis zu Zigaretten, Zigarettenpapier und Zigarettenhülsen. Daß aber das gleichwohl für andere Waren als Zigarren eingetragene Zeichen Juno wegen des Bestehens des übereinstimmenden Freizeichens für Zigarren nicht die volle gesetzliche Wirkung habe, ist dort nicht ausgesprochen. Insbesondere ist nirgends gesagt oder angedeutet, daß wegen des Bestehens dieses Freizeichens für Zigarren der Schutzumfang des eingetragenen Warenzeichens auf die eingetragenen Waren beschränkt sei und andere gleichartige Waren ebenso wie Zigarren davon befreit seien. Überall ist nur davon die Rede, daß das Freizeichen für Zigarren gilt, und nirgends davon, daß es auch für gleichartige Waren gelte, es wird ausdrücklich gesagt, das eine Erfordernis des Löschungsanspruchs des älteren Zeicheninhabers gegenüber dem jüngeren, die nach § 20 WZG. a. Fass. zu ermessende Verwechslungsgefahr zwischen den damals im Streit befindlichen nur ähnlichen Zeichen (Juno — Julo), werde nicht durch den Umstand ausgeschlossen, daß die Bezeichnung Juno für Zigarren Freizeichen sei. Um ein Aufeinanderstoßen von eingetragenen Zeichen und Freizeichen für die gleichartige Ware, dessen rechtliche Wirkung auf sich beruhen kann, handelt es sich hier aber überhaupt nicht. Auch das andere vom Vorderrichter herangezogene Urt. v. 21. Mai 1935, II 338/34: GRUR. 1935, 814, das sich mit einem gleichen, für zweierlei Waren — einerseits Imprägnierungsmittel für Woll- und sonstige Webstoffe, andrerseits (imprägnierte) Strickwaren mehrfacher Art, Garne, Decken, Web- und Wirkstoffe — eingetragenen Warenzeichen „Trocklin“ zu befassen und hauptsächlich die zeichenrechtliche Gleichartigkeit der geschützten Waren zu behandeln hatte, enthält nichts, was die allgemeine Folgerung des Vorderrichters auf einen gegenüber den sonstigen Zeichen beschränkten Umfang der auf Grund ihrer Durchsetzung im Verkehr eingetragenen, an sich nicht eintragungsfähigen Zeichen rechtfertigen könnte. Dort ist allerdings in bezug auf derart eingetragene, an sich als Beschaffenheitsangabe von der

Eintragung ausgeschlossene gegnerische Zeichen „Trockenwolle“ oder „Trockengarn“, deren Altersvorrang gegenüber dem Klagezeichen „Trocklin“ eingewendet war, um dessen rechtmäßigen Erwerb zu bestreiten, gesagt, der Schutzumfang dieser erst nach umfangreicher Beweiserhebung eingetragenen Zeichen sei streng zu beschränken auf seinen Wortlaut und auf wasserabstoßende Garne und Textilien; das PatA. habe auf Antrag einer anderen Firma, die das Wort „Flockenwolle“ zur Eintragung angemeldet habe, nicht nur die Verwechslungsgefahr zwischen diesen beiden Worten mit Rücksicht auf den eng zu begrenzenden Schutzumfang des Zeichens „Trockenwolle“ („Trockengarn“) verneint, sondern dieses Warenzeichen dadurch gem. § 8 Abs. 2 Nr. 2 WZG. (a. Fass.) teilweise gelöscht, daß es das Warenverzeichnis auf wasserabstoßende Garne beschränkt habe — dies mit Rücksicht auf die ganz bestimmte Bedeutung, die das Wort „Trockenwolle“ i. S. eines Hinweises auf wasserabstoßende Eigenschaften der Ware von Anfang an besessen und die es nach dem veranstalteten Ermittlungsverfahren auch bei der Durchsetzung im Verkehr behalten habe. Hier handelte es sich also, wie namentlich die Beschränkung des Warenverzeichnisses in der Eintragung zeigt, um eine *ganz andere Art* der Beschränkung *dieses einen* bestimmten Zeichens, als die vom Vorderrichter gemeinte allgemeine Beschränkung der zufolge der Durchsetzung im Verkehr zugelassenen und eingetragenen Zeichen, nämlich um die *Beschränkung des* aus der Durchsetzung selbst sich ergebenden *eigentlichen Warengebietes*, für das das Zeichen zugelassen werden konnte. Daß in solchem Falle auch die Gleich*artig*keit der Waren, für die nach dem Gesetz das Zeichen wirksam werden kann, mit besonderer Sorgsamkeit zu prüfen ist, bei ihnen im gegebenen Fall der für die Zulassung und Eintragung maßgebende Gesichtspunkt „wasserabstoßende Wirkung“ im Grundsatz ebenfalls noch gegeben sein müßte, kann anerkannt werden. Um all das handelt es sich aber in dem jetzt zu entscheidenden Fall nicht, sondern um die vom Vorderrichter ohne jeden Anhalt im Gesetz vertretene allgemeine Annahme, die zufolge Durchsetzung eingetragenen Zeichen seien auf die in der Eintragung angegebenen Waren beschränkt und gäben keinen Schutz gegenüber gleichartigen Waren, für die ein anderer dasselbe oder etwa auch ein nur verwechslungsfähiges Zeichen gebrauche. Dies widerspricht dem Grundsatz der Erstreckung des Schutzes des eingetragenen Zeichens auf gleichartige Waren. Bei Zeichen, die infolge ihrer Durchsetzung im Verkehr unter Überwindung der Ausschließung nach § 4 Nr. 1 altes und neues WZG. eingetragen sind, tritt die Verletzung dieser Zeichen meist auf in der Gestalt des Gebrauchs des Zeichens in mehr oder minder abgewandelter, aber immer noch verwechslungsfähiger Form für dieselbe (die gleiche) Ware. Es wäre aber verfehlt, gerade diesen durch den hohen Geldaufwand für die Durchsetzung im Verkehr besonders kostbaren Zeichen den Schutz gegenüber der Verwendung, sogar in der gleichen Form, für nur gleichartige Ware zu versagen, weil dadurch der Täuschung des Verbrauchers über die Herkunft Tür und Tor geöffnet und das eingetragene Zeichen für den Inhaber auch insofern gefährdet und entwertet würde, als das Zeichen an Kennzeichnungskraft verliert, die sog. Verwässerung des Zeichens. Bei derlei Zeichen hat sich im Gegenteil die praktische Notwendigkeit erwiesen, sie sogar gegen die Verwendung für nicht gleichartige Waren zu schützen, was allerdings nicht auf zeichenrechtlicher Grundlage möglich ist, sondern nur nach Wettbewerbs- und allgemeinbürgerlichem Recht geschehen kann (§ 1 UnlWG.; § 826 BGB.; vgl. neben RGZ. 115, 401 = JW. 1927, 1585[21] m. Anm., Salamander nicht für Schuhwaren, sondern für Schmirgelpapier, in dem Urt. zum Zeichen 4711: JW. 1932, 1841[71]) die Verwendung dieses Zeichens für Kölnisch Wasser durch einen anderen für Strumpfwaren, und weiter die Anführungen bei *Hagens*: „WZG.“, § 5 Anm. 6 vorletzter Absatz. Im Verhältnis zu dem Bedarf des Verkehrs nach Gebrauch der in § 4 Nr. 1 WZG. a. und n. Fass. an sich von der Eintragung ausgeschlossenen Bezeichnungen regelt sich der Schutz des eingetragenen Warenzeichens seinem Umfang nach durch die Bestimmungen in § 13 WZG. a. Fass., § 16 n. Fass. Im Verhältnis zu Freizeichen, die nur für bestimmte Waren gelten, tritt der Zusammenstoß nicht nur dann ein, wenn das eingetragene Zeichen unter § 4 Nr. 1 fällt, sondern auch sonst, wenn das Zeichen auf Grund freier Wahl für *andere* Waren eingetragen ist als die, wofür es als Freizeichen gilt, und jene anderen Waren in irgendwelchem Umfang gleichartig mit diesen sind. Der Bekl. kann auch nicht mit Erfolg einwenden, das Zeichen Standard habe mangelnder Kennzeichnungskraft halber für die Ware der Kl. nicht in die Zeichenrolle eingetragen werden dürfen; dies sei vom Gericht unabhängig vom PatA. zu prüfen, weil es sich hierbei nicht um eine Einwendung aus § 4 Nr. 1 WZG. handele, sondern um die aus § 1 WZG. folgende Schutzunfähigkeit wegen mangelnder Kennzeichnungskraft. Es ist verfehlt, wenn der Bekl. sich hierzu auf das Urteil RGZ. 115, 235 = JW. 1927, 102 (Mundharmonikadecke aus Blech) stützen will. Dort ist aus § 1 WZG. nur abgeleitet, daß ein Warenzeichen, das seinem Begriff nach ein Flächengebilde sei, nicht für die plastische Gestaltung eines Warenbildes gewährt werden könne und ein derartiger Verstoß gegen das Wesen des Zeichenrechtes auch gegenüber einer Eintragung in die Zeichenrolle zu beachten wäre, wenn das PatA. — wozu aber das Gegenteil dargetan wird — dagegen gefehlt hätte. Ein derartiger Verstoß *gegen das Wesen* des Zeichenrechtes kommt aber gar nicht in Betracht, wenn das PatA. für ein unter § 4 Nr. 1 fallendes Wort (hier eine Angabe über die Güte der Ware) angenommen hat, daß es sich im Verkehr als Kennzeichen für die bestimmten eingetragenen Waren eines einzelnen durchgesetzt habe. Sonst wäre es gar nicht möglich gewesen, jetzt gesetzlich (§ 4 Abs. 3 neues WZG.) die Zulassungsfähigkeit des Zeichens in solchen Fällen zu verordnen. Ebensowenig kann sich der Bekl. auf das Urteil: JW. 1932, 1844[18] = GRUR. 1932, 302 (Rasierklingenpackung der Fabrikanten des Solinger Bezirks für Exportware, die ein einzelner sich für seine Ware hatte eintragen lassen) berufen. Denn der dort vorhandene, dem Bestehen eines Freizeichens gleichkommende Sachverhalt ist hier nicht gegeben, wo nach dem Vortrag des Bekl. das Wort Standdard für alle möglichen Betriebe und Waren Verwendung gefunden haben und zur Eintragung gelangt sein soll, und außerdem ist dort neben der Betonung der Berücksichtigung der stärksten Verwendung der Packung für die *gleiche* Ware gegenüber dem an sich als bestehend angesehenen Zeichenschutz ausdrücklich ein Vorbehalt gemacht für den hier nach Annahme des PatA. geführten, dort mangelnden Beweis der Durchsetzung des Zeichens als Kennzeichen für den Betrieb des Eingetragenen durch besondere Maßnahmen, namentlich großzügige Reklame.

Nach alledem entfällt auch die Begründung des Vorderrichters dafür, daß die Kl. Mißbrauch mit ihrem formalen Zeichenrecht treibe, wenn sie vom Bekl. die Unterlassung des Gebrauches des Wortes Standard in *warenzeichenmäßiger* Art für seine, auch nach der Ansicht des Vorderrichters mindestens teilweise gleichartigen Waren verlange. Es ist zwar richtig, daß nach dem Grundgedanken des Gesetzes im freien Verkehr stehende und — wie hinzuzusetzen, denn darauf läuft die Abgrenzung in § 4 Nr. 1 hinaus — für den Verkehr notwendige Bezeichnungen nicht von einem einzelnen Unternehmer in Beschlag genommen werden sollen. Wenn das aber einmal dadurch geschehen *ist*, daß das Zeichen in Anerkennung seiner Durchsetzung im Verkehr für die aufgeführten Waren in die Zeichenrolle eingetragen ist, so kann das in seiner gesetzlichen Wirkung ohne Unterlage im Gesetz nicht wieder dadurch teilweise rückgängig gemacht werden, daß wegen dieser Art der Entstehung des Zeichens allein dem Inhaber Mißbrauch vorgeworfen wird, wenn er die gesetzliche Wirkung der Eintragung des Zeichens in Anspruch nimmt. Auf die *andere* Begründung des *Bekl.* für den Mißbrauch, nämlich die Erwirkung des Zeichenrechtes der Kl. unerachtet bereits bestehenden Gebrauchs und bereits eingetretener Durchsetzung des Wortes Standard *für den Bekl.* und seine Waren, ist der Vorderrichter nicht eingegangen. Es bedarf nicht der Herbeiführung seiner Entsch. hierzu. Denn es ist festgestellt und unstrittig, daß der Bekl. sein Geschäft überhaupt erst im 1. Okt. 1933 begonnen hat, 10 Tage bevor die Anmeldung der Kl. für das hernach am 22. Mai 1934 eingetragene Zeichen Standard, auf das die Klage sich in erster Linie gründet, einging. Zwar entfaltet das Zeichenrecht auf Grund Eintragung seine Wirkung erst

vom Eintragungstage ab, aber sie wird doch auch zurückbezogen auf den Tag der Anmeldung, der nicht nur nach § 5 WZG. alte und neue Fass. eine Rolle spielte für den Vorzug bei der Prüfung und Eintragung, sondern auch nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 altes WZG., § 9 Abs. 1 neues WZG. die Schutzdauer des eingetragenen Zeichens bestimmt und daher im Streit um die sog. Priorität maßgebend ist. Der Vorderrichter hat nicht festgestellt, daß das Zeichen sich für die Kl. bei der Anmeldung und der Geschäftseröffnung des Bekl. bereits durchgesetzt hatte, der Kl. also von da ab auch ein gleich der Eintragung wirksames Ausstattungsrecht nach § 15 WZG. a. Fass. zukam. Andrerseits ist aber auch nichts in der Richtung festgestellt und nach der Natur der Sache feststellbar, daß sich das Zeichen Standard vor der Anmeldung oder auch nur vor der Eintragung des Zeichens der Kl. für die Ware des Bekl. im Verkehr durchgesetzt hatte. Der Beweis des Bekl. braucht nicht eingezogen zu werden angesichts seines eigenen Vortrags über den Umfang seines Absatzes: 2. bis 11. Okt. 1933 2030 Packungen Scheuerpulver Standard, 12. Okt. 1933 bis 22. Mai 1934 61 830 Stück. — Der hierbei weiter angegebene, noch weit geringere Umsatz an Vogelsand in derselben Zeit, 780 und 30 058 Stück, spielt im Rechtsstreit schon um deswillen keine Rolle mehr, weil der Klageantrag sich auf Vogelsand, zu dem auch keine Packung beigebracht ist, gar nicht bezieht, noch erkennbar bezogen hat, da dieser „Vogelsand" kein „Scheuermittel", sondern offenbar ebenso, wie die „Katzenstreu" ein Mittel zum Belegen der Katzenlager, ein Mittel zum Belegen der Böden der Vogelkäfige je zum Zwecke des Reinhaltens und Herbeiführens der Geruchlosigkeit ist. — Über den Absatz an „Katzenstreu" bis dahin ist, zweifellos seines noch geringeren Umfangs halber, überhaupt nichts angegeben. Denn nach der späteren Angabe des Bekl. stellt sich sein Absatz von Oktober 1933 bis zur Abgabe des Schriftsatzes, also in zwei Jahren, auf nur 15 000 Tüten Katzenstreu gegenüber 261 670 Blitzblank und 177 220 Vogelsand. Wenn der Bekl. angesichts solchen Umfangs seines Absatzes von einer Durchsetzung dieser Erzeugnisse im Verkehr sprechen will, so bedeutet dies ein völliges Verkennen der sachlichen Erfordernisse der Durchsetzung einer Ware im Verkehr, sei es auch nur für einen räumlich beschränkten Umkreis. Denn bezogen allein auf Berlin mit rund 4 Millionen Einwohnern und rund 800 000 Haushaltungen im Höchstfall ergibt sich, daß von diesen noch nicht 10 % auch nur eine Packung der einzelnen Art in die Hand bekommen haben können und dieser Hundertsatz schrumpft in dem Maße zusammen, wie die einzelnen, bei denen es zutrifft, sich zu einer zweiten und dritten usf. Wiederholung des Bezuges entschlossen, also an den Bezug gewöhnt haben. Für eine wirkliche Durchsetzung im Verkehr wäre auch schon die Zeit des Vertriebes von acht Monaten bis zur Eintragung des Zeichens der Kl. viel zu kurz, es sei denn etwa, daß sie von vornherein in größtem Umfang mit einem außerordentlichen Maß von Kostenaufwand unternommen worden wäre. In dieser Richtung hat aber der Bekl. nichts vorgebracht; der angeführte Umfang seines Absatzes steht entgegen und über seinen Aufwand für Werbezwecke, den die Kl. unter Einzelangaben dafür, daß **s i e** für die Durchsetzung ihrer Standard-Erzeugnisse von Anfang Okt. 1930 bis 1. Juli 1935 rund 2 Millionen *RM* aufgewendet habe, hat der Bekl. nur die schwache Erwiderung vorgetragen, auch er habe erhebliche Mittel für Werbezwecke ausgegeben. Unter diesen Umständen bedarf auch der Punkt weder rechtlich noch tatsächlich der Erörterung, ob bei einem Zeichen, das längere Zeit nach der Anmeldung erst infolge des Nachweises seiner Durchsetzung im Verkehr eingetragen worden ist, im Prioritätsstreit nicht sowohl der Zeitpunkt der Anmeldung des damals noch nicht durchgesetzten Zeichens, als der zwischen Anmeldung und Eintragung fallende spätere Zeitpunkt der Durchsetzung zu berücksichtigen ist. Was der Bekl. an Tatsächlichem über seinen Absatz vorgetragen hat, begründet noch nicht einmal eine Anwartschaft auf die Durchsetzung des Wortes Standard für seine Waren als eine beachtenswerte Gegebenheit vor der Eintragung des von der Kl. angemeldeten Zeichens. Daher hätte der Umstand, daß der Bekl. vor der Anmeldung des Zeichens der Kl. in der Zeit v. 2. bis 10. Okt. 1933 begonnen hatte, Erzeugnisse mit dem Namen Standard zum Verkauf zu bringen, die Kl., selbst wenn sie davon gewußt hätte, auch von ihrem Bestreben nach Erwerb eines eingetragenen Zeichens für ihren Warenvertrieb unter dem Namen Standard nicht abhalten müssen. Auf diesen Verkauf des Bekl. wäre der Kl. — Gleichartigkeit der Waren vorausgesetzt — nur dann eine Rücksichtnahme geboten gewesen, wenn eben der Bekl. bereits mit erheblichem Aufwand die Bezeichnung Standard für seine Ware einzuführen begonnen gehabt und damit einen beachtlichen Erfolg bereits erzielt gehabt hätte, wovon keine Rede sein kann (vgl. RGZ. 111, 192 = JW. 1925, 2453 Goldina und JW. 1931, 1889 [13] Weltkrepp). Danach kommt, ohne daß es der Erhebung der von der Kl. erbotenen Beweise dafür bedürfte, daß sich das Wort Standard als Kennzeichen für ihre Ware bereits im Zeitpunkt ihrer Anmeldung und des Beginns des Gewerbebetriebs des Bekl. im Verkehr durchgesetzt gehabt habe, hier auch aus den vom Bekl. eingewendeten Gründen kein der Wirksamkeit des Zeichenrechtserwerbs der Kl. hinderlicher Sachverhalt in Frage.

Die vom Bekl. bestrittene **V e r w e c h s l u n g s g e f a h r** zwischen den Zeichen der einen und anderen Partei, die **v ö l l i g g l e i c h** sind, eben das Wort Standard, kann nicht bestritten werden. Auf die Zutaten der Ausstattung kommt nichts an, ebenso nicht auf die Schreibweise (gerade oder geschwungen). Dies gilt jedenfalls im Verhältnis zwischen der eingetragenen Kl. und dem nicht eingetragenen Bekl. Unterscheidung der Schreibweise und beschreibende Zusätze hindern nicht den Schluß des Beschauers im eiligen Verkehr auf die Herkunft aus derselben Vertriebsstätte. Der Bekl. schlägt diese seine Verteidigung selbst, wenn er schließlich für seine Packungen mit dem Worte (Schlagwort) Standard Ausstattungsschutz mit dem Recht der Priorität in Anspruch nimmt.

Hiernach kommt es für den Unterlassungsanspruch der Kl. auf Grund ihres rechtmäßig erworbenen eingetragenen Zeichens allein noch darauf an, ob die vom Klageantrag umfaßten, unter der Bezeichnung Standard vertriebenen Waren, Scheuermittel Blitzblank und Katzenstreu, mit den eingetragenen Waren der Kl. **g l e i c h a r t i g** sind. Denn der zeichenmäßige Gebrauch des Wortes Standard durch den Bekl. ist nach den vorgelegten Packungen augenscheinlich. Zwischen den **S e i f e n** und **W a s c h m i t t e l n** der Kl. und dem **S c h e u e r m i t t e l B l i t z b l a n k** des Bekl. hat auch der Vorderrichter zutreffend die Gleichartigkeit angenommen. Was nun noch die **K a t z e n s t r e u** anlangt, so kann jedenfalls der Behauptung des Bekl. nicht zugestimmt werden, es handle sich um ein in die Klasse 2 (Arzneien, chemische Erzeugnisse usw., darunter Desinfektionsmittel) fallendes Desinfektionsmittel. Vielmehr muß angenommen werden, daß es sich um eine unter Verwendung von Desinfektionsmitteln hergestellte Zubereitung handelt, die der Reinhaltung und Reinigung der Lagerplätze und Bedürfnisstätten der Katzen dient. Für diese Zubereitung trifft keine der Warenarten des Verzeichnisses unmittelbar zu, sie kann als ähnlich ebensogut den Reinigungsmitteln der bei der Zeicheneintragung der Kl. angeführten Klasse 34 wie als Desinfektionsmittel in einem weiteren Sinn den in Klasse 2 aufgeführten Waren gleichen Namens zugezählt werden. Nach dem Begriff der Gleichartigkeit, dessen Kenntnis und Nachprüfung in der richtigen Anwendung dem RevG. zufällt, besteht kein Bedenken, die Gleichartigkeit zwischen dem Reinigungsmittel der Kl. und dieser Zubereitung gleichfalls anzunehmen. Maßgebend ist die Anschauung des Verkehrs und bestimmend in ihm ist bei Gleichheit oder Ähnlichkeit der Käuferkreise die Annäherung der wirtschaftlichen Bedeutung und Verwendung der Waren. Ein besonderes Gewicht hat bei der Beurteilung die Frage, ob infolge der Verwendung der gleichen Benennung der Verbraucher darauf schließt, daß das eine so benannte Erzeugnis derselben Herkunftsstätte wie das andere gleich benannte entstammt, wobei dem Umstand, daß neben dem ins Auge springenden Zeichenwort irgendwie auch noch der Name der Herstellerfirma angegeben ist, keine Bedeutung zukommt, weil eben der Verbraucher in der Eile des Verkehrs nur das Zeichenwort ins Auge zu fassen pflegt (RGZ. 108, 34 [37] = GRUR. 814 Trocklin). Es läßt sich doch nicht leugnen und übergehen, daß das Scheuermittel oder Putzmittel Blitzblank und die Katzenstreu aus **e i n e m** Betrieb, nämlich dem des Bekl., stammen. Übereinstimmung der Käuferkreise und nicht bloß vereinzeltes Vorkom-

men des Schlusses aus dem Wort Standard auf dieselbe Erzeugungsstätte ist hier unbedenklich anzunehmen. **Wiederholungsgefahr** folgt aus der letzten Erklärung des Bekl. in der Berufung, daß er seinen Standpunkt nach Scheitern von Einigungsversuchen voll aufrechterhalten habe. Somit ist der Unterlassungsklage der Kl. unter Aufhebung des BU. in diesem Teile gem. § 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO. stattzugeben.

Auf die Klagebegründung mit Ausstattungsbesitz der Kl. (§ 15 WZG.), über deren Übergehung die Rev. sich sachlich-rechtlich und mit Prozeßrügen nach § 313 Nr. 4, § 551 Nr. 7 ZPO. beschwert, oder mit unlauterem Wettbewerb und § 826 BGB., wozu Nichtbeachtung eines Beweisantrages auf Vernehmung des Bekl. gerügt wird (§ 286 ZPO), kommt es für den Unterlassungsanspruch nach allem Gesagten nicht mehr an. Die Verurteilung des Bekl. zur **Unterlassung** auf Grund des Zeichenschutzes der Kl. wird nicht dadurch gehindert, daß er sich nach seiner Behauptung vor Bestellung seiner Tüten mit dem Wort Standard beim PatA. darüber erkundigt und den Bescheid erhalten hat, Schutzfähigkeit des Wortes bestehe nicht und das PatA. lehne die Eintragung des Wortes ständig ab. Es genügt die objektive Verletzung des Zeichens.

2. Dagegen kann der Antrag auf Verurteilung des Bekl. zum **Schadensersatz** und zur „**Rechnungslegung**“, richtig **Auskunftserteilung** als Hilfsanspruch für die Bemessung der Schadensersatzforderung trotz der Anerkennung des Unterlassungsanspruchs der Kl. hier nicht als begründet angesehen werden. Daher kommt es auch vom Gesichtspunkt dieses Anspruchs aus, der auf die Zeit v. 11. April 1934 ab beschränkt ist, nicht darauf an, ob für diesen Anfangszeitpunkt die Durchsetzung des Zeichens der Kl. im Verkehr bereits anzunehmen ist. Denn der Schadensersatzanspruch des verletzten Zeicheninhabers geht nicht — auch die Kl. beansprucht das nicht — auf Herausgabe des vom Verletzer aus seinem unrechtmäßigen Vertrieb gezogenen Gewinnes, wenngleich u. U. dieser Gewinn für die Berechnung des Schadens des Verletzten herangezogen werden kann (MuW. 1935, 59). Aber Voraussetzung eines Schadens in der Gestalt einer Vermögensminderung durch entgangenen Gewinn, wie er hier allein in Betracht kommt, ist doch, daß der Zeicheninhaber entweder Waren, wie sie der Verletzer unter dem Zeichen abgesetzt hat, selbst verkauft oder ohne Beeinträchtigung seines Absatzes durch den Vertrieb des Verletzers von seiner eigenen Ware mehr abgesetzt hätte, als ohnehin geschehen. Im vorl. Fall hat nun der Bekl. schon im ersten Rechtszug besonders geltend gemacht, ein Schaden könne der Kl. durch seinen Vertrieb von Blitzblank und Katzenstreu (auch Vogelsand) deshalb gar nicht erwachsen sein, weil die Kl. diese Waren, Putz- und Streumittel, gar nicht herstelle und verkaufe, sondern nur Wäschereinigungsmittel; ihr Umsatz könne durch seinen Vertrieb niemals vermindert worden sein. Hier bei der Frage des Schadensersatzes macht sich eben doch der Umstand geltend, daß es sich nicht um gleiche, sondern nur gleichartige Ware handelt. Aufgabe der Kl. wäre es gewesen, darzulegen, inwiefern ihr durch den Vertrieb des Bekl., mit dem sie nicht in der gleichen Ware im Wettbewerb steht, ein Schaden erwachsen sei. Das hat sie nicht getan. Aus der Sache selbst erhellt die Schädigung nicht ohne weiteres. Eine gewisse entfernte Möglichkeit, daß der eine oder andere Bezieher der Kl. gelegentlich auch deren Waschmittel zu dem Zweck der Reinigung, wofür das Putzmittel Blitzblank und die Katzenstreu dienen, verwendet hätte, genügt nicht, um einen irgendwie beachtlichen Minderabsatz der Kl., der durch den Vertrieb des Bekl. verursacht wäre, anzunehmen, mögen sich auch die räumlichen Absatzgebiete der Parteien in gewissem Umfang, namentlich Berlin, decken. Daher ist der Schadensersatzanspruch schon aus diesen Erwägungen nicht begründet.

Es bleibt noch der letzte Anspruch der Kl., den Bekl. zu verurteilen, die im Verkehr befindlichen Erzeugnisse, die im Unterlassungsbegehren Ziff. 1 des Klageantrags genannt sind, also nun Standard-Scheuermittel (Blitzblank) und Standard-Katzenstreu **aus dem Verkehr zu ziehen**. Dieser Antrag bezieht sich, da nichts darüber vorgetragen ist, daß der Bekl. Vertreter unterhält, die Warenlager für ihn im Gewahrsam haben, auf die bereits verkauften, also seiner Verfügungsmacht entzogene Waren. Auch dieser Anspruch ist nicht begründet. Aus dem zeichenrechtlichen Unterlassungsanspruch kann er nicht abgeleitet werden. Selbst im Falle einer Verurteilung aus §§ 14—16, 18 WZG. ist nach § 19 WZG. a. Fass. — ebenso in § 30 Abs. 1 WZG. n. Fass. bei Verurteilung aus §§ 24—27 — die dort vorgesehene Anordnung der Beseitigung der widerrechtlichen Kennzeichnung auf die im Besitz des Verurteilten befindlichen Gegenstände beschränkt. Ob der Anspruch aus der Beseitigungsklage nach § 1004 BGB. oder einem Schadensersatzrecht hergeleitet werden könnte, darf hier dahingestellt bleiben, denn er setzt jedenfalls das tatsächlich voraus, daß dem Bekl. wirklich die Möglichkeit offensteht, die von ihm in den Verkehr gebrachten strittigen Waren mit dem Zeichen Standard zurückzuerwerben. Auch in dieser Richtung ist von der Kl. nichts vorgebracht. In den kleinen Verhältnissen, in denen der Bekl. arbeitet — die Kl. nennt sein Unternehmen ein Zwergunternehmen, das kaum 10 Arbeiter beschäftige —, ist die Rückerwerbsmöglichkeit nicht selbstverständlich. Die einzige Anführung der Kl., „der Umtausch“ sei für den Bekl. „nicht schwierig“, weil er seine Erzeugnisse nur im Wirtschaftsgebiet Berlin absetze, führt in der Richtung nicht weiter, daß er seine Verkäufe durch Anerbieten von Ersatzware ohne das Wort Standard wirklich ändern kann. Das gilt um so mehr, als der Bekl. erklärt hat, er führe diese Waren in zwei Qualitäten und nur die eine (bessere) heiße Standard. Die Abnehmer würden fürchten, die andere, schlechtere im Umtausch zu bekommen.

(RG., II. ZivSen., U. v. 5. Febr. 1937, II 192/36.) [W. R.]
⟨= RGZ. 154, 1.⟩

*

16. RG. — § 9 Abs. 1 Nr. 1, §§ 12, 24 Abs. 1 WZG.; § 1 UnlWG.; §§ 242, 826 BGB.

1. Ein zeichenrechtlicher Unterlassungsanspruch ist auch gegenüber dem Inhaber eines eingetragenen Zeichens gegeben, wenn die Benennung des Zeichens gegenüber dem Verletzten widerrechtlich ist.

2. Dem WZG. ist im Gegensatz zum PatG. der Begriff eines Vorbenutzungsrechtes fremd. Der Vorbenutzer wird nur soweit geschützt, als im Widerstreit mehrerer Schutzrechte das lediglich förmliche Recht hinter dem sachlichen Recht zurücktreten muß. Der Vorbenutzer muß nachweisen, daß die nicht eingetragene Warenbezeichnung Anerkennung im Verkehr gefunden hat.

3. Ein Recht des Vorbenutzers besteht nicht, wenn die von ihm verwandte Warenbezeichnung zwar in ähnlicher Form von einem anderen Unternehmen gebraucht wird, in der für die Bösgläubigkeit in Betracht kommenden Zeit aber vom Verkehr nicht als Warenzeichen eines bestimmten Unternehmens angesehen worden ist.

4. Die zeichenmäßige Benutzung eines Warenzeichens im Ausland und die Kenntnis eines deutschen Mitbewerbers hiervon genügt nicht, um diesen von der Verwendung des gleichen Zeichens im Inland auszuschließen. Die im Ausland bestehende Verkehrsgeltung eines Warenzeichens kann einen Schutzanspruch in Deutschland nur begründen, falls mit ihrer vermutlichen Ausdehnung auch auf das Inland mit hoher Wahrscheinlichkeit zu rechnen ist und eine Durchsetzung des Warenzeichens sich auch in Deutschland mit Aussicht auf baldige Verwirklichung angebahnt hat.

5. Der Verwirkungseinwand aus § 242 BGB. ist im Warenzeichenrecht zulässig und begründet, wenn die Rechtsverfolgung des Verletzten sich nach den besonderen Umständen des Falls als Mißbrauch seines Rechts darstellt, weil sie so spät erfolgt, daß der andere Teil seinen inzwischen mit hohen Kosten geschaffenen Besitzstand als einen vom Verletzten geduldeten und erlaubten ansehen darf.

6. Macht der Verletzte den Unterlassungsanspruch in Kenntnis der Bemühungen des Wettbewerbers um die Einführung seines Zeichens vorsätzlich zunächst nicht geltend, so kann hierin u. U. eine nach den § 1 UnlWG., § 826 BGB. sittenwidrige Rechtsausübung liegen. †)

Die Kl. und die Bekl. zu 2, deren Generalvertreterin für Deutschland die Bekl. zu 1 ist, befassen sich mit der Herstellung

und dem Vertrieb von Tabakpfeifen, Zigarren- und Zigarettenspitzen.

Für die Kl. ist auf Grund ihrer Anmeldung v. 2. Okt. 1924 für Tabakpfeifen am 17. Dez. 1925 unter Nr. 345 248 ein Warenzeichen in die Zeichenrolle des RPatA. eingetragen worden, das eine Tabakpfeife mit einem schwarzen Punkt auf der weiß gehaltenen oberen Seite des Mundstücks zeigt. Nach der zugleich mit der Anmeldung eingereichten Beschreibung sollte der Punkt rund oder viereckig, weiß oder farbig sein dürfen. In einer späteren, endgültigen Beschreibung erklärte die Kl., der Punkt solle vorzugsweise weiß, keinesfalls rot oder rötlich sein.

Zufolge ihrer Anmeldung v. 22. Juli 1930 für Tabakpfeifen, Zigarren- und Zigarettenspitzen ist für die Kl. ferner am 1. Nov. 1930 das Warenzeichen Nr. 425 309 in die Zeichenrolle des RPatA. eingetragen worden, das ebenfalls aus dem Bilde einer Tabakpfeife mit einem Punkt auf der oberen Seite des Mundstücks besteht. Nach der der Anmeldung beigegebenen Beschreibung soll der Punkt gewöhnlich in weißer Farbe auf den Waren erscheinen, eine Ausführung in roter oder rötlicher Farbe ausgeschlossen sein.

Die Kl. bringt auf einem Teil ihrer Waren, insbes. auf Tabakpfeifen in höheren Preislagen, einen weißen Punkt so an, wie er in den Warenzeichen dargestellt ist.

Die Bekl. zu 2 und ihre französische Tochtergesellschaft in Paris versehen ihre Waren gleichfalls mit einem weißen Punkt. Für die Bekl. zu 2 ist auf ihre Anmeldung v. 27. Febr. 1925 am 7. Nov. 1925 unter der Nr. 343 082 in die Zeichenrolle des RPatA. ein Warenzeichen für Tabakpfeifen eingetragen worden, das aus einem schwarzen Streifen (Balken) mit einer weißen Scheibe (Kreis) in der Mitte besteht und die Aufschrift „The White Spot" trägt. Für ihre französische Tochtergesellschaft ist bei dem Internationalen Büro in Bern am 11. Aug. 1927 die Marke Nr. 53 324 für Tabakpfeifen, Zigarren- und Zigarettenspitzen und viele andere Artikel eingetragen worden. Diese Marke besteht aus einer schwarzen Fläche, die in der Mitte einen weißen Punkt aufweist.

Mit einer im Dez. 1930 erhobenen Klage verlangten die jetzige Bekl. zu 2 und ihre französische Tochtergesellschaft auf Grund der für sie eingetragenen Warenzeichen und Ausstattungsbesitzes von der jetzigen Kl. u. a. Unterlassung der Anbringung eines weißen Punktes auf Pfeifen oder Zigarettenspitzen oder auf deren Verpackung oder Umhüllung oder seiner Verwendung im Geschäftsverkehr auf Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefen, Rechnungen od. dgl. sowie Löschung der beiden Warenzeichen Nr. 345 248 (soweit es sich auf den weißen Punkt bezieht) und 425 309. Das LG. wies die Klage ab. Das KG. verbot gemäß einem im Berufungsverfahren von der damaligen Kl. gestellten Hilfsantrage der damaligen Bekl., jetzigen Kl. — und zwar nur gegenüber der damaligen Erstklägerin, der jetzigen Bekl. zu 2 —, Rauchutensilien, deren Verpackung oder Umhüllung mit einem Zeichen zu versehen, das aus einem schwarzen Balken besteht, in dessen Mitte sich ein weißer Kreis befindet, der als Inschrift oder Überschrift die Worte „Der weiße Punkt" oder „Weißpunkt" trägt, sowie dieses Zeichen mit dieser Inschrift auf Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefen und sonstigen Drucksachen anzubringen. Im übrigen beließ es das KG. bei der Abweisung des Hauptantrags. Rev. und Anschlußrevision der damaligen Prozeßparteien blieben ohne Erfolg (RGZ. 141, 110 = JW. 1933, 2332[7] m. Anm.).

Mit der gegenwärtigen Klage verfolgt nunmehr die Kl. ihrerseits gegenüber der Bekl. zu 1 den Unterlassungsanspruch. Sie behauptet:

Auf Grund der für sie eingetragenen Warenzeichen Nr. 345 248 — das bis zum 1. Okt. 1944 verlängert worden sei — und Nr. 425 309 stehe ihr das ausschließliche Recht zu, ihre Pfeifen, Zigarren- und Zigarettenspitzen mit einem weißen Punkte zu versehen und so in Deutschland in den Verkehr zu bringen. Dieses Recht werde von den beiden Bekl. dadurch verletzt, daß die Bekl. zu 1 als deutsche Generalvertreterin der Bekl. zu 2 von dieser hergestellte Pfeifen und Spitzen vertreibe, die ebenfalls mit einem weißen Punkt versehen seien, und die so gekennzeichneten Waren in Katalogen anpreise, die sie in Deutschland versende. Das Verhalten der Bekl. sei auch wettbewerbswidrig; denn es werde von ihnen damit in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise der Erfolg einer Werbetätigkeit ausgenutzt, die sie unter Aufwendung erheblicher Kosten für ihre Warenzeichen entfaltet habe.

Unter Berufung auf die § 14 WZG.; §§ 1, 13 UnlWG. und §§ 823, 826 BGB. hat die Kl. demgemäß beantragt,

> den Bekl. unter Strafandrohung zu verbieten, mit einem Weißpunkt ausgestattete Tabakpfeifen, Zigarren- und Zigarettenspitzen in Deutschland in Verkehr zu bringen oder solche Pfeifen, Zigarren- und Zigarettenspitzen in Deutschland in Katalogen, Inseraten oder sonstwie anzupreisen.

Die Bekl. haben um Klageabweisung gebeten und entgegnet:

Die Bekl. zu 2 stelle seit 25 Jahren ihre in der ganzen Welt als bestes Qualitätserzeugnis bekannten Pfeifen und Spitzen her. Sie habe schon 1912 damit begonnen, ihre Waren mit einem weißen Punkt auszustatten, und bringe seit 1918 kein Stück in den Handel, das nicht in dieser Weise gekennzeichnet sei. Die Einfuhr ihrer Erzeugnisse nach Deutschland habe nach dem Kriege eingesetzt. Sie habe hier dank einer umfassenden Werbung, für die sie seit 1925 mindestens 100 000 RM aufgewendet habe, mit ihren hochwertigen Weißpunktwaren in den dafür in Betracht kommenden Verbraucherkreisen festen Fuß gefaßt und von 1921 bis 1934 an Pfeifen rund 11 600 Stück, an Zigarren- und Zigarettenspitzen über 9000 Stück und außerdem eine sehr beträchtliche Menge sonstiger, mit dem Weißpunkt versehener Waren abgesetzt. Möge dem Warenzeichen Nr. 345 248 der Kl., soweit es am 2. Okt. 1924 für Tabakpfeifen angemeldet und demnächst eingetragen worden sei, ein zeitlicher Vorrang vor dem Zeichen Nr. 343 082 der Bekl. zu 2 zukommen — hinsichtlich der erst vom Zeichen Nr. 425 309 der Kl. erfaßten Zigarren- und Zigarettenspitzen sei dies in Anbetracht der der französischen Tochterfirma vorher geschützten Marke nicht der Fall —, so stehe der Bekl. zu 2 hiernach doch das Recht der Vorbenutzung zu, das zeichenrechtliche Ansprüche der Kl. ausschließe. Die Kl. habe auch ein etwaiges Verbotsrecht verwirkt, weil sie gegen den ihr bekannten Vertrieb der Weißpunkterzeugnisse der Bekl. zu 2 innerhalb Deutschlands nicht eingeschritten sei und so die Entstehung eines wertvollen Besitzstands für diese zugelassen habe. Auch in dem Vorprozeß habe sie niemals verlangt, daß die Bekl. zu 2 die Kennzeichnung ihrer Waren mit dem weißen Punkt unterlasse. Die Kl. habe selbst erst seit dem Jahre 1927 begonnen, einen Teil ihrer Pfeifen und Spitzen mit einem weißen Punkte zu versehen, und erst 1930 umfassendere Werbemaßnahmen zugunsten ihres Warenzeichens getroffen. Sie habe auch kein sachliches Interesse daran, die Bekl. zu 2 an der Verwendung des weißen Punktes zu hindern. Denn deren hochwertige Erzeugnisse könnten mit den weit billigeren Waren der Kl. niemals verwechselt werden; die für ihre teureren Pfeifen und Spitzen in Betracht kommenden Käuferkreise seien gänzlich verschieden von denen, an die sich die Kl. wende. Diese wolle, wie sie auch zum Ausdruck gebracht habe, mit ihrer Klage die Bekl. zu 2 lediglich dazu bewegen, ihr das Recht zum alleinigen Gebrauch des Weißpunkts für teueres Geld abzukaufen. Im übrigen könne gegenüber eingetragenen Zeichen wie denen der Bekl. zu 2 und ihrer französischen Tochtergesellschaft ein zeichenrechtlicher Unterlassungsanspruch niemals durchdringen.

Das LG. hat der Klage im wesentlichen stattgegeben. Es hat lediglich mit Rücksicht auf die Entsch. im Vorprozeß zum Hilfsantrage der damaligen Kl. an die Stelle des im Klageantrag gebrauchten Wortes „Weißpunkt" die Worte „weißen Punkt" gesetzt und deshalb die Klage „im übrigen" abgewiesen. Das OLG. hat die Berufung zurückgewiesen mit dem Zusatz, daß die Befugnis der Bekl. zur Benutzung des Warenzeichens der Bekl. zu 2 v. 7. Nov. 1925, Nr. 343 082, hinsichtlich der Aufschrift „The White Spot" unberührt bleibe.

Die hiergegen von den Bekl. eingelegte Rev. ist mit der Maßgabe zurückgewiesen worden, daß der vom BG. der Formel des landgerichtlichen Urteils angefügte Satz lautet:

> Unberührt bleibt die Befugnis der Bekl. zur Benutzung des aus Wort und Bild zusammengesetzten Warenzeichens der Bekl. zu 2 v. 7. Nov. 1925, Nr. 343 082.

Soweit die Bekl. dem aus den §§ 12 und 9 Abs. 1 Nr. 1 WZG. hergeleiteten Unterlassungsbegehren der Kl. mit dem Einwand entgegentreten, daß die Unterlassung der Benutzung eines eingetragenen Warenzeichens nicht verlangt werden könne, solange die Eintragung bestehe, hat das BG. mit Recht angenommen, daß ein zeichenrechtlicher Unterlassungsanspruch auch gegenüber dem Inhaber eines eingetragenen Zeichens gegeben sei, wenn die Benutzung des Zeichens dem Verletzten gegenüber widerrechtlich ist. Es besteht kein Grund, die Schutzwirkung eines eingetragenen Warenzeichens, auf Grund deren einem anderen die Benutzung des Zeichens verboten werden kann, gegenüber einem jüngeren und deshalb nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 WZG. anfechtbaren Zeichen lediglich deshalb zu beschränken, weil dieses noch formalen Bestand hat. Dieser vom erk. Sen. zuerst RGZ. 118, 76, 78 = JW. 1928, 347 ausgesprochene und seitdem festgehaltene Grundsatz hat nunmehr auch in § 24 Abs. 1 des neuen WZG. v. 5. Mai 1936 Ausdruck gefunden. Die Bekl. können sich deshalb der mit dem älteren Recht der Kl. begründeten Beanstandung ihres verletzenden Verhaltens nicht mit dem Hinweis darauf erwehren, daß sie zum Gebrauch ihres Zeichens berechtigt seien, solange es nicht gelöscht sei. Eine Berufung hierauf könnte der Bekl. zu 1 auch schon um deswillen nicht zustatten kommen, weil sie überhaupt nicht Inhaberin eines eingetragenen Zeichens ist. Ebensowenig können die Bekl. den von der Kl. auf Grund des zeitlichen Vorrangs ihres Zeichens Nr. 345 248 auch in bezug auf Zigarren- und Zigarettenspitzen begehrten Schutz damit bestreiten. daß sich dieses Zeichen auf solche Waren nicht erstrecke, Zigarren- und Zigarettenspitzen vielmehr der Kl. erst durch das im Jahre 1930 angemeldete und eingetragene Zeichen Nr. 425 309 geschützt seien, das jünger sei als das im Jahre 1927 registrierte internationale Zeichen der französischen Tochterfirma der Bekl. zu 2. Zutreffend führt das BG. hierzu aus, daß sich der durch das Zeichen Nr. 345 248 der Kl. begründete Schutz auch auf Zigarren- und Zigarettenspitzen erstrecke, weil diese mit Tabakpfeifen gleichartig seien. Entscheidend hierfür ist, ob die Waren vermöge ihrer wirtschaftlichen Bedeutung und ihrer Verwendung einander so nahestehen, daß durch den Gebrauch des gleichen Zeichens bei den in Betracht kommenden Abnehmerkreisen der Eindruck hervorgerufen werden kann, es handle sich um Waren aus einer und derselben Herkunftsstätte. Danach kann aber die Gleichartigkeit von Tabakpfeifen und Zigarren- und Zigarettenspitzen, die in gleichen Geschäften angeboten werden und übereinstimmend der Befriedigung der Bedürfnisse des rauchenden Publikums dienen, nicht bezweifelt werden.

Die Bekl. nehmen gegenüber den beiden Warenzeichen der Kl. ein besseres sachliches Recht insofern in Anspruch, als sie behaupten, die Bekl. zu 2 habe schon vor der am 2. Okt. 1924 erfolgten Anmeldung des ersten Zeichens Nr. 345 248 der Kl. den weißen Punkt zur Kennzeichnung ihrer Waren verwendet. Sie leiten hieraus ein Vorbenutzungsrecht her, das ihnen den Vorrang vor dem Zeichenrecht der Kl. verleihe. Das BG. hat diesen Einwand zunächst unter dem Gesichtspunkt eines damit beanspruchten Ausstattungsschutzes i. S. des § 15 WZG. geprüft, einen solchen aber nicht für gegeben erachtet, weil durch die Beweisergebnisse lediglich die schon im Vorprozeß getroffene Feststellung bestätigt werde, daß die Bekl. zu 2 vor dem 2. Okt. 1924 einen Ausstattungsbesitz an dem weißen Punkt in Deutschland nicht erworben habe. Es hält den Gesichtspunkt der Vorbenutzung auch sonst nicht für geeignet, den Klageanspruch zu entkräften.

Dem WZG. ist, im Gegensatz zum PatG., der Begriff eines Vorbenutzungsrechts im Sinne eines die Erlangung eines auch nur formalen Rechtsschutzes berührenden Hindernisses fremd. Soweit im Warenzeichenrecht ein Vorbenutzungsrecht zugelassen wird, liegt dem — abgesehen von dem in RGZ. 132, 383 = JW. 1932, 579 behandelten Fall des Art. 28 Abs. II des deutsch-französischen Handelsvertrages vom 2. Aug. 1862, der ein eigentliches Vorbenutzungsrecht anerkennt — der auf dem Grundsatze von Treu und Glauben beruhende Gedanke zugrunde, daß im Widerstreit mehrerer Schutzrechte das lediglich förmliche Recht hinter dem sachlichen Recht zurücktreten muß. Von einem Vorbenutzungsrecht, das sich gegenüber förmlichem Recht durchsetzen könnte, kann also nur gesprochen werden, wenn der Vorbenutzer hinsichtlich des von ihm verwendeten Kennzeichnungsmittels überhaupt einen Schutzanspruch erworben hat. Das ist, soweit es sich um den zeichenmäßigen Gebrauch einer nichteingetragenen Warenbezeichnung handelt, nur der Fall, wenn diese Anerkennung im Verkehr gefunden hat. Nicht schon die tatsächliche Benutzung gewährt Anspruch auf Schutz, sondern die Erlangung eines unter Aufwendung von Mühe und Kosten geschaffenen Besitzstandes, der einer Verkehrsgeltung des Zeichens gleichkommt. Etwas anderes geht auch aus den Entsch. des erk. Sen. RGZ. 120, 325 = JW. 1928, 2088 (Sonnengold) und GRUR. 1931, 529 (Weltkrepp), in denen die Frage der Vorbenutzung auf dem Gebiete des Warenzeichenrechts erörtert wird, nicht hervor. Soweit es dort als ein unter § 1 UnlWG. fallender Mißbrauch formalen Zeichenrechts bezeichnet wird, wenn der Inhaber eines Zeichens dieses in Kenntnis seiner Benutzung durch einen anderen erwirbt oder in Gebrauch nimmt, und zwar gleichviel, ob er damit die Herbeiführung von Verwechslungen mit der Ware des Konkurrenten bezweckt, diesem Abbruch tun oder seine Arbeitsergebnisse für sich ausnutzen will, so wird hierbei doch stets vorausgesetzt, daß die durch solches Verhalten betroffene nichteingetragene Bezeichnung Anerkennung im Verkehr gefunden haben müsse. Die Kl. war also dadurch, daß die Bekl. zu 2 mit dem weißen Punkt versehene Waren in Deutschland vertrieben hatte und vertrieb, nicht behindert, sich diese Bezeichnung als Warenzeichen eintragen zu lassen und sie zu benutzen, solange deren Verwendung durch die Bekl. zu 2 nicht dazu geführt hatte, sie bei einem nicht ganz unerheblichen Teil der beteiligten Verbraucherkreise als Hinweis auf die Herkunft der Waren aus einem bestimmten Betriebe, nämlich dem der Bekl. zu 2, erscheinen zu lassen. Sie handelte damit beim Fehlen einer der Bekl. zu 2 zugute kommenden Verkehrsgeltung ihres Kennzeichnungsmittels auch dann nicht rechtswidrig, wenn sie von dem Vertrieb so bezeichneter Waren durch diese in Deutschland wußte. Machte sie von ihrem Warenzeichen zunächst keinen Gebrauch, sondern nahm sie es erst später in Benutzung, so mochte d i e s e r Zeitpunkt dafür in Frage kommen, ob sie durch bewußtes Eingreifen in fremden Besitzstand rechtswidrig handelte. Aber auch dann konnte ihre Kenntnis von der Verwendung des weißen Punktes durch die Bekl. zu 2 nur von Bedeutung sein, wenn dieser inzwischen im Verkehr als Kennzeichen für deren Waren bekannt geworden war. Geht man von diesen Gesichtspunkten aus, so vermag die Berufung der Bekl. auf ein Vorbenutzungsrecht auf keinen Fall durchzudringen, wenn der von ihnen verwendete weiße Punkt in der für die Bösgläubigkeit der Kl. in Betracht kommenden Zeit vom Verkehr überhaupt nicht als Kennzeichen eines bestimmten Unternehmens angesehen worden ist. Daß dem bis zum Zeitpunkt der Anmeldung des ersten Warenzeichens der Kl., dem 2. Okt. 1924, so gewesen ist, hat das BG. in rechtlich nicht zu beanstandender Weise festgestellt, da der in Betracht kommende Absatz an mit einem Weißpunkt versehenen Pfeifen zu gering gewesen sei, als daß sie auf dem deutschen Markt irgendwie hätten bekannt werden können.

Der Ansicht der Rev., daß schon die zeichenmäßige Benutzung eines Kennzeichens im Ausland und die Kenntnis eines deutschen Mitbewerbers hiervon genügen könne, um diesen von der Verwendung des gleichen Zeichens im Inland auszuschließen, kann nicht beigetreten werden. Wenn, wie der Senat unter Hinweis auf seine frühere Rspr. bereits in seiner im Vorprozeß ergangenen Entsch. (vgl. RGZ. 141, 120 ff. = JW. 1933, 2332 [7] m. Anm.) ausgeführt hat, eine im Ausland bestehende Verkehrsgeltung für die Erlangung eines Kennzeichnungsschutzes auch in Deutschland von Belang sein kann, falls mit ihrer räumlichen Ausdehnung auch auf das Inland mit hoher Wahrscheinlichkeit zu rechnen ist und eine Durchsetzung des Kennzeichens auch in Deutschland sich mit der Aussicht auf baldige Verwirklichung zum mindesten angebahnt hat, so kann doch ohne das Vorliegen dieser Voraussetzungen eine nur im Ausland bestehende Verkehrsgeltung für sich allein einen Schutzanspruch in Deutschland nicht begründen. Daß aber auch diese Voraussetzungen im Okt. 1924 hinsichtlich des von der Bekl. zu 2 benutzten Weißpunktes nicht bestanden haben, ist durch die tatsächlichen Feststel-

lungen im Vorprozesse belegt. Da diese das BG. als durch die Beweisergebnisse im gegenwärtigen Rechtsstreit bestätigt ansieht, kann den Bekl. eine etwa schon im Okt. 1924 vorhanden gewesene Anerkennung ihres Kennzeichens im ausländischen Verkehr auch im gegenwärtigen Rechtsstreit nicht zustatten kommen. Es ist ebenso unwesentlich, ob, wie die Rev. weiter geltend macht, die Kl. durch Verwendung der Inschrift oder Überschrift „Der weiße Punkt“ oder „Weißpunkt“ und durch die Bezeichnung „London de Luxe“ eine möglichste Annäherung an das Warenzeichen der Bekl. zu 2 erstrebt hat, ob der Gedanke, einen weißen Punkt als Kennzeichnungsmittel zu benutzen, von ihr stammt oder ob sie mit der Annahme des weißen Punktes ein Zeichen der Bekl. zu 2 hat nachahmen wollen. Alles das wäre, soweit es zeitlich überhaupt schon für den 2. Okt. 1924 hätte in Betracht kommen können, möglicherweise geeignet, den Erwerb und die Benutzung ihres Warenzeichens den Bekl. gegenüber als anfechtbar erscheinen zu lassen, wenn sie damit ein Schutzrecht der Bekl. zu 2 verletzte. Das war aber mangels einer Verkehrsanerkennung des Weißpunktes als deren Kennzeichen, durch die allein ein Schutzanspruch für sie hätte begründet werden können, nicht der Fall. Aus diesem Grunde können die Bekl. auch unter dem Gesichtspunkte der Interessenabwägung ein Vorbenutzungsrecht nicht in Anspruch nehmen. Mochte die Kl. auch nur einen geringen Bruchteil der von ihr hergestellten Pfeifen mit dem ihr geschützten weißen Punkte versehen und in den Handel bringen, mochte sie auf die Beibehaltung ihres Warenzeichens größeren oder geringeren Wert legen und bereit sein, es gegen Entgelt an die Bekl. zu 2 abzutreten, so vermag auch dies keinen Grund dafür abzugeben, sie mit ihrem Zeichen den Bekl. gegenüber auszuschließen, wenn diesen Schutzrechte, die die Kl. hatte beeinträchtigen können, nicht zustanden. Soweit es sich hierbei um Vorgänge handelt, die sich nach der Anmeldung des Warenzeichens Nr. 345 248 der Kl. abgespielt haben, wäre nach dem oben Ausgeführten erheblich, ob die Kl. durch die unstreitig im Jahre 1927 erfolgte Ingebrauchnahme ihres Zeichens Schutzansprüche der Bekl. verletzte, ob diesen also aus einer bis dahin erlangten Verkehrsanerkennung des von ihnen verwendeten Weißpunktes ein Schutzrecht erwachsen war. Auch das hat das BG., wenn auch in anderem Zusammenhange, verneint. Es hat bei Erörterung des von den Bekl. erhobenen Verwirkungseinwands geprüft, ob und wann von der Erlangung einer Verkehrsgeltung der von ihnen in Deutschland vertriebenen Weißpunkterzeugnisse gesprochen werden könne. Dabei hat es von den verschiedenen Zeitabschnitten, die es hierbei in Betracht gezogen hat, die Zeit von 1924 bis zum Sept. 1930 und den Umfang des in diese Zeit fallenden Warenabsatzes der Bekl. nicht für ausreichend erachtet, um für den Weißpunkt der Bekl. zu 2 eine Verkehrsanerkennung auch nur in den als Abnehmer in Frage kommenden exklusiven deutschen Raucherkreisen entstehen zu lassen. Das BG. folgt damit den Ergebnissen, zu denen, wenigstens bis zum Jahre 1927, auch der Tatrichter im Vorprozeß gelangt war. Auch dort war, und zwar ohne daß die Rev. begründete Einwendungen dagegen hätte erheben können, festgestellt worden, daß sich eine deutsche Verkehrsauffassung dahin, es seien mit einem Weißpunkt versehene Pfeifen und Spitzen Erzeugnisse der damaligen Kl., bis in das Jahr 1927 hinein auch nur in örtlich beschränktem Umfange nicht erweisen lasse. Hierbei war neben dem nach dem Gesamtinhalt der Beweisaufnahme äußerst geringen Umsatze der damaligen Kl. in Deutschland in Betracht gezogen worden, daß der weiße Punkt schon seiner ganzen Natur nach sehr wenig geeignet sei, sich als Kennzeichen für die Herkunft der mit ihm versehenen Waren aus einem bestimmten Betrieb durchzusetzen, daß nach allgemeiner Erfahrung jedenfalls in der in Betracht kommenden kurzen Zeit nur durch sehr erhebliche Werbemaßnahmen eine solche Durchsetzung zu erreichen gewesen wäre, daß solche Werbehandlungen der damaligen Kl. aber in Deutschland in dem kurzen Zeitraum von 1924 bis 1927 nicht stattgefunden hätten. Bestehen hiernach gegen die auch vom BG. getroffene Feststellung, daß der weiße Punkt noch im Jahre 1927 — zur Zeit der Ingebrauchnahme des Warenzeichens Nr. 345 248 durch die Kl. — von den beteiligten Verkehrskreisen nicht als Marke der Bekl. zu 2 betrachtet worden sei, keine rechtlichen Bedenken, so bleibt auch insoweit kein Raum für die Annahme, daß die Kl. mit der Benutzung ihres Zeichens in Rechte der Bekl. eingegriffen habe. Sie handelte unter diesen Umständen nicht unlauter, wenn sie sich ihres Warenzeichens bediente, mochte ihr auch bekannt sein, daß es ebenso gekennzeichnete Waren der Bekl. zu 2 im deutschen Handel gab und mochte sie ihr Warenzeichen auch nur bei einem Teil ihrer Erzeugnisse verwenden. Insoweit gilt auch hier alles das, was oben ausgeführt worden ist.

Steht hiernach den Bekl. ein zeitlicher Vorrang hinsichtlich der Benutzung des weißen Punktes als Kennzeichen für ihre Waren i. S. des Erwerbs eines Ausstattungsschutzes an ihm gegenüber den Warenzeichen der Kl. weder für die Zeit der Anmeldung dieses Warenzeichens (2. Okt. 1924), noch für die Zeit seiner Ingebrauchnahme (1927) zu, so kommt es darauf, wie sich ihr Zeichen weiterhin im Hinblick auf eine Anerkennung im Verkehr entwickelt hat, nicht mehr an. Hatte die Kl. ihr Warenzeichen den Bekl. gegenüber in nicht zu beanstandender Weise erworben und in Gebrauch genommen, so konnte ihr das damit erlangte Recht der Priorität auch durch eine später eingetretene Verkehrsgeltung der von den Bekl. geübten Warenbezeichnung mit dem Weißpunkt nicht wieder verlorengehen. Eine solche konnte die Rechtsstellung der Kl. nur insofern berühren, als diese die Befugnis, einer mißbräuchlichen Benutzung ihres rangälteren Zeichens durch die Bekl. entgegenzutreten, möglicherweise einbüßte, wenn diese nach dem Verhalten der Kl. mit einer Duldung des von ihnen geübten Zeichengebrauchs rechnen durften. Daß dies der Fall sei, behaupten die Bekl. mit der Erhebung des Verwirkungseinwands. Sie machen geltend, daß es gegen Treu und Glauben verstoße, wenn die Kl. jetzt gegen sie vorgehe, nachdem sie es durch jahrelanges Stillschweigen habe geschehen lassen, daß sie im Vertrauen auf ein damit bekundetes Einverständnis ihrem Zeichen unter Aufwand von Mühe und Kosten zu einer Anerkennung im Verkehr verholfen hätten. Dieser aus § 242 BGB. hergeleitete Abwehreinwand ist zulässig und begründet, wenn sich die Rechtsverfolgung des Verletzten nach den besonderen Umständen des Falles als Mißbrauch seines Rechts darstellt, weil sie so spät erfolgt, daß der andere Teil seinen inzwischen mit Mühe und Kosten geschaffenen Besitzstand als einen vom Verletzten geduldeten und erlaubten ansehen darf. Wesentliche Voraussetzung für den Einwand der Verwirkung ist hiernach, daß der Verletzer an der von ihm benutzten Bezeichnung einen wertvollen Besitzstand erlangt, ihr also Verkehrsanerkennung verschafft hat (GRUR. 1934, 464 betr. Cito-Presto). Das BG. hat deshalb mit Recht an die Spitze seiner Erörterungen zu diesem Einwand die Frage gestellt, ob das beanstandete Zeichen der Bekl. bei Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs Verkehrsgeltung in Deutschland besessen habe. Es hat hierbei nur den mit der Anmeldung des ersten Warenzeichens der Kl. im Okt. 1924 beginnenden und mit der im März 1935 erfolgten Klagerhebung endigenden Zeitraum in Betracht gezogen und von einer Berücksichtigung der weiter zurückliegenden Zeit abgesehen, weil die Zeit vor der Anmeldung des ersten Warenzeichens für eine Verwirkung von Rechten aus diesem Zeichen nicht in Frage kommen könne. Soweit die Rev. die Meinung des BG. als rechtsirrig bezeichnet, weil insoweit auch die mit dem Jahre 1921 beginnende Zeit erheblich sei, während deren die Bekl. zu 2 bereits Waren nach Deutschland eingeführt habe, kommt es hierauf für die Erlangung einer Verkehrsanerkennung jedenfalls schon um deswillen nicht an, weil überhaupt erst vom Jahre 1924 ab von einem irgendwie ins Gewicht fallenden Warenabsatz der Bekl. zu 2 in Deutschland gesprochen werden kann. Für den von ihm in Betracht gezogenen Zeitraum von 1924 bis zur Klagerhebung verneint das BG. die Entstehung einer inländischen Verkehrsanerkennung für das Weißpunktzeichen der Bekl. Es erachtet den Umsatz von rund 9000 Pfeifen und ebensoviel Spitzen in dieser Zeit nicht für erheblich genug, als daß daraus auf eine Verbreitung der Waren auch nur in den exklusiven Raucherkreisen Deutschlands geschlossen werden könne, und sieht sich in dieser Meinung besonders dadurch bestärkt, daß der Absatz keineswegs gleichmäßig war, vielmehr hinsichtlich der Pfeifen im Jahre 1925, hinsichtlich der Spitzen im Jahre 1928 seinen Höhepunkt erreicht hatte, seitdem aber erheblich zurückging und erst wieder im Jahre 1934

eine geringe Zunahme aufwies. Auch dem von den Bekl. behaupteten großen Werbeaufwand für die Einführung ihrer Waren in Deutschland legt es für den Erwerb einer Verkehrsanerkennung keine entscheidende Bedeutung bei, da er zu keinem besseren Erfolg geführt habe. Unter Heranziehung der nach seiner Meinung den Bekl. insoweit ebenfalls ungünstigen Beweisergebnisse des Vorprozesses stellt es abschließend fest, daß nicht einmal die Waren der Bekl. zu 2 in Deutschland weiteren Kreisen bekannt seien, noch viel weniger aber der Weißpunkt als Kennzeichen ihrer Herkunft angesehen werde.

Diese im wesentlichen auf reiner Beweiswürdigung beruhenden Erwägungen des BG. beanstandet die Rev. ohne Grund. Zu Unrecht bemängelt die Rev. auch, daß es das BG. unterlassen habe, die Behauptungen der Bekl. über die jährliche Erzeugung der Kl. in Weißpunktpfeifen und deren Verhältnis zu ihrer Gesamtherstellung zu würdigen und daraus Folgerungen für den Erwerb einer Verkehrsanerkennung in bezug auf die von den Bekl. in Deutschland abgesetzten Weißpunktwaren zu ziehen. Denn dafür, ob der Umsatz der Bekl. genügte, um ihrem Zeichen Verkehrsgeltung in Deutschland zu verschaffen, konnte es nicht darauf ankommen, wie die Verhältnisse bei der Kl. lagen. Eine Vergleichung mit deren Absatz an Weißpunkterzeugnissen bewies nichts für oder gegen die Annahme, daß der Verkehr den weißen Punkt als Hinweis auf den Betrieb der Bekl. zu 2 ansehe. Die Bekl. können deshalb auch daraus nichts für sich herleiten, daß es die Kl. unterlassen habe, genauere Angaben über die Zahl der von ihnen hergestellten und mit dem weißen Punkte versehenen Pfeifen zu machen. Für die Verkehrsanerkennung des Zeichens der Bekl. war es ebensowenig von Bedeutung, wie die Kl. selbst hierüber dachte. Auch wenn deren, übrigens erst im Dez. 1935 erfolgte Verlautbarung im „Fränkischen Kurier", daß ihre Zahlungseinstellung zum Teil auf die Vorliebe des besonders kaufkräftigen Publikums für teuere Auslandswaren zurückzuführen sei, auf die Bekl .zu 2 gemünzt gewesen wäre, so ergäbe sich angesichts der vom BG. festgestellten geringen Umsätze in Waren der Bekl. nichts gegen dessen Annahme, daß danach das Bestehen einer Verkehrsgeltung zugunsten der Bekl. nicht erwiesen sei. Soweit sich die Rev. noch dagegen wendet, daß das BG. auch die Werbemaßnahmen der Bekl. nicht für geeignet angesehen hat, um ihrem Zeichen Verkehrsgeltung zu verschaffen, weil sie ohne Erfolg geblieben seien, richtet sich ihr Angriff lediglich gegen tatrichterliche, einer Nachprüfung im Revisionsverfahren nicht zugängliche Erwägungen. Die Ansicht des BG., daß ein erheblicher Werbeaufwand für sich allein für die Entstehung einer Verkehrsgeltung nichts beweise, wenn feststehe, daß er eine ins Gewicht fallende Erhöhung des Umsatzes nicht habe bewirken können, widerspricht weder der Lebenserfahrung, noch ist sie sonst rechtlich zu beanstanden. Denn Werbung reicht für sich allein nicht aus, um einen Ausstattungsschutz an einer bestimmten Aufmachung einer Ware zu begründen; sie kann grundsätzlich nur dazu führen, die Entstehung eines solchen Ausstattungsbesitzes zu beschleunigen, sofern sie ihrer Art nach dazu beiträgt, die Ausstattung im Verkehr als Kennzeichen für die Herkunft der betr. Ware bekannt werden zu lassen. Sie kann aber nicht einen Ausgleich dafür schaffen, daß der Kreis der Verbraucher der betr. Ware von zu geringem Umfange ist — und dieser Zustand auch trotz starker Werbung sich nicht wesentlich ändert —, um einen Ausstattungsbesitz i. S. des § 15 WZG. a. F. zu begründen. Die Auffassung des BG., daß der große Werbeaufwand der Bekl. gegenüber dem tatsächlich erzielten geringen Umsatz nicht ins Gewicht falle, wird insbes. auch durch seine weitere Ausführung getragen, daß sich die Werbung der Bekl. in erster Linie auf die Einführung ihrer Waren überhaupt in deutschen Kreisen, die sich für solche Tabakpfeifen interessieren, und nicht auf ein Bekanntwerden des weißen Punktes als deren Kennzeichen bezogen habe. Wenn die Rev. glaubt, die Werbearbeit der Bekl. habe ohne weiteres auch ihrem Zeichen zugute kommen müssen, da ein Unterschied zwischen diesem und den damit versehenen Waren nicht gemacht werden könne und die Bekl. nicht den weißen Punkt, sondern ihre Waren hätten verkaufen wollen, so kann dieser Auffassung schon um deswillen nicht beigetreten werden, weil, wie auch im BU. des Vorprozesses mit Recht betont wird, der weiße Punkt schon seiner Natur nach wenig geeignet ist, eine Ware als aus einem bestimmten Betriebe stammend zu kennzeichnen. Ohne besonderen Hinweis hierauf, der in ihm selbst bei seiner in keiner Weise deutungsfähigen Erscheinungsform nicht enthalten ist, kann im Beschauer schwerlich die Vorstellung entstehen, daß er es mit einem Erzeugnis bestimmter Herkunft zu tun habe.

Erweisen sich hiernach die verfahrensrechtlichen Angriffe der Rev. gegen die Feststellung des BG., daß der weiße Punkt Verkehrsanerkennung in Deutschland als Zeichen der Bekl. nicht gefunden habe, als unbegründet, so kann ihr auch nicht gefolgt werden, wenn sie geltend macht, das BG. habe den Begriff der Verkehrsgeltung nach seiner rechtlichen Bedeutung verkannt. Soweit sie in Zweifel zieht, ob der BerR. berücksichtigt habe, daß es für die Annahme einer Verkehrsgeltung genüge, wenn nach dem Wert, den das Zeichen für den Geschäftsbetrieb des Verletzers hat, verglichen mit den allgemeinen Anforderungen an einen für die Wirtschaft beachtlichen Betrieb, von einem schutzwürdigen Besitzstand gesprochen werden könne (vgl. MuW. 1934, 50 ff. [53] betr. Valvoline-Valvonit = JW. 1934, 27), läßt das angefochtene Urteil einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Vorauszuschicken ist zunächst, daß in diesem Urteil des erk. Sen. außer der Hervorhebung, daß die Weiterverwendung der streitigen Bezeichnung für den Geschäftsbetrieb des angeblichen Verletzers einen Wert darstellen müsse, nur deshalb auch auf die Notwendigkeit hingewiesen ist, daß dieser Geschäftsbetrieb ein wirtschaftlich beachtlicher sein müsse, weil die damalige Kl. (Valvolin-Gesellschaft) das im Vergleich zu ihrem angeblichen Weltunternehmen bestritten hatte und schon deshalb die Entstehung eines schutzwürdigen Besitzstandes auf seiten des damaligen Bekl. überhaupt in Abrede gestellt hatte. So liegt aber der Sachverhalt hier keineswegs. Das BG. konnte im übrigen unbedenklich davon ausgehen, daß ein Umsatz an Pfeifen und Spitzen, der die Zahl von je 2000 Stück jährlich in ganz Deutschland nur in einem Jahre überschritten hat, in den übrigen Jahren aber erheblich hinter dieser Ziffer zurückblieb und in mehreren auf nur wenige 100 Stück jährlich zusammenschrumpfte, keinesfalls ausreiche, um eine für die Erlangung einer Verkehrsgeltung überhaupt ins Gewicht fallende Verbreitung der Waren der Bekl. auch nur in den als Abnehmer allein in Betracht kommenden besonders anspruchsvollen deutschen Raucherkreisen darzutun. Es hat dabei entgegen der Annahme der Rev. durchaus zutreffend auch beachtet, daß der Abnehmerkreis für die Waren der Bekl. bei deren hohen Preisen naturgemäß nur beschränkt sein könne, aber gleichwohl den Umsatz in Deutschland für zu gering befunden, als daß sich auch in diesem beschränkten Kreise der Weißpunkt als Kennzeichen für die Herkunft der Waren aus einem bestimmten Betriebe hatte durchsetzen können. Damit hat es seiner Prüfung ebenso, wie es im Vorprozeß geschehen war (vgl. RGZ. 141, 118), den Verhältnismaßstab zugrunde gelegt, dessen Anwendung die Rev. vermißt. Wie schon oben erwähnt, bot auch eine etwaige Durchsetzung des Weißpunktes als Kennzeichen der Bekl. im Auslande für sich allein keinen Anlaß, daraus Schlüsse auf eine auch in Deutschland erlangte Verkehrsgeltung zu ziehen.

Scheitert hiernach der Verwirkungseinwand der Bekl. schon an der rechtsirrtumsfreien Feststellung des BG., daß der Erwerb eines festen Besitzstands der Bekl. an dem beanstandeten Zeichen, der durch das Eingreifen der Kl. zerstört werden könnte, nicht erwiesen sei, so kann unerörtert bleiben, ob auch die sonstigen Erwägungen des BG., mit denen es eine Verwirkung ablehnt, einer rechtlichen Nachprüfung standhalten. Soweit hierbei wesentlich ist, ob die Bekl. nach dem Verhalten der Kl. annehmen konnten, diese sei mit ihrem Tun einverstanden, kann jedenfalls der Kl. nicht zum Vorwurf gemacht werden, daß sie ihrer im Vorprozeß auch nach der Ansicht des BG. bekundeten Warnung der damaligen Kl., das ihr geschützte Zeichen zu benutzen, nicht auch alsbald eine gerichtliche Geltendmachung ihres Verbietungsrechts habe folgen lassen. Handelte es sich in jenem Vorprozeß im wesentlichen um die Frage, wer den Altersvorrang für das Weißpunktzeichen beanspruchen könne, und hatte die jetzige Kl. damals unmißverständlich zum Ausdruck gebracht, daß sie sich für vorberechtigt halte und den Zeichengebrauch durch die damaligen Kl. als mißbräuchlich ansehe, so mußten sich diese sagen, daß die Kl. an ihrem Standpunkt mindestens so lange festhalte, bis der

Rechtsstreit entschieden war. Das war mit dem Erlasse des RevU. v. 26. Mai 1933 der Fall. Erst von da an konnten die Bekl. ein weiteres untätiges Zuwarten der Kl. dahin deuten, daß diese die Weiterbenutzung des Zeichens durch sie dulden wolle. Ob dann die Zeit bis zum Antrag der Kl. auf Erlaß einer EinstwVfg. — im Dez. 1934 —, aus dem auch die Bekl. zu 2 die Mißbilligung eines ferneren Zeichengebrauchs durch sie entnehmen mußte, hätte genügen können, um die Kl. der Möglichkeit einer Rechtsverfolgung zu berauben, muß um so mehr bezweifelt werden, als die Umsätze der Bekl. in Deutschland gerade in der Zwischenzeit nur unerheblich gewesen waren und erst im Jahre 1934 wieder zugenommen hatten. Da hat aber die Kl. auch nicht gezögert, ihrem Rechte Geltung zu verschaffen. Damit erledigt sich auch der Angriff der Rev., das BG. habe zur Feststellung eines sittenwidrigen Mißbrauchs formalen Rechts durch die Kl. schon deshalb gelangen müssen, weil diese erst 1935 mit ihrem Unterlassungsanspruch hervorgetreten sei, bis dahin aber in Kenntnis der Bemühungen der Bekl. um die Einführung ihres Zeichens sich untätig verhalten habe. Träfe dies zu, so könnte ein derartiges Verhalten der Kl. allerdings die Grundlage für einen auf die § 1 UnlWG., § 826 BGB. gestützten Einwand sittenwidriger Rechtsausübung bilden (vgl. z. B. RGZ. 111, 192, 197 = JW. 1925, 2453 — Goldina —; RGZ. 114, 360, 363 — Vox-Schallplatten —; GRUR. 1934, 464 — Cito-Presto —). Der erwiesene, soeben gekennzeichnete Sachverhalt läßt jedoch für eine Anwendung dieses Rechtsgedankens keinen Raum.

Wenn es die Rev. endlich als widerspruchsvoll und unbefriedigend bezeichnet, daß die Kl. nach dem BU. berechtigt sei, den weißen Punkt als Bildzeichen auf ihren Waren anzubringen, während den Bekl. dies verboten, nach dem Ergebnis des Vorprozesses aber gestattet sei, sich der Bezeichnung „The White Spot" im gewerblichen Verkehr zu bedienen, so ist demgegenüber darauf hinzuweisen, daß nach der Entsch. im früheren Prozeß der Kl. — damaligen Bekl. — der jetzigen Bekl. zu 2 gegenüber untersagt ist, Rauchutensilien mit einem Zeichen zu versehen, das aus einem schwarzen Balken besteht, in dessen Mitte sich ein weißer Kreis befindet, und der als Inschrift oder Überschrift die Worte „Der weiße Punkt" oder „Weißpunkt" trägt. Danach ist die Bekl. zu 2 nicht behindert, sich ihres, diesem der Kl. verbotenen im wesentlichen gleichen und von ihm nur nach der sprachlichen Wiedergabe der Inschrift verschiedenen Warenzeichens zu bedienen. Soweit ihr im gegenwärtigen Rechtsstreit die Benutzung des weißen Punktes für sich allein untersagt wird, steht dies mit dem soeben angeführten Ergebnis des früheren Prozesses nicht in Widerspruch. Die Kl. hat ja auch, offensichtlich mit Rücksicht auf die mangelnde Verwechslungsfähigkeit des der Bekl. zu 2 geschützten zusammengesetzten Warenzeichens mit dem ihrigen, davon abgesehen, von der Bekl. zu 2 Löschung ihres Zeichens zu beanspruchen.

(RG., II. ZivSen., U. v. 2. März 1937, II 226/36.) [W. R.]

Anmerkung: Nachdem in dem ersten Weißpunkt-Urteil des RG. die damaligen Kl. und jetzigen Bekl. mit der Behauptung eines stärkeren Ausstattungsschutzes gegenüber dem Warenzeichen der damaligen Bekl., jetzigen Kl., nicht durchgedrungen waren, weil die Priorität des Warenzeichenrechts der damaligen Bekl., jetzigen Kl., festgestellt war (Urteil des RG. v. 26. Mai 1933: JW. 1933, 2332), hat nunmehr die damalige Bekl. ihrerseits Unterlassungsansprüche gegen die Verwendung von Tabakpfeifen und Spitzen, die mit einem Weißpunkt ausgestattet sind, gegen die damaligen Kl. geltend gemacht. Sie ist mit diesen Ansprüchen durchgedrungen, da das RG. erneut die zeichenrechtliche Priorität der jetzigen Kl. feststellte und auch den übrigen Einwendungen der Bekl. kein Gehör schenkte.

Die Rechtsgrundsätze, die das RG. hierbei anwendet, liegen im wesentlichen im Rahmen der ständigen Rspr. Von Interesse ist, daß das RG. den unter dem alten Rechtszustand entwickelten Rechtssatz, daß ein zeichenrechtlicher Unterlassungsanspruch auch gegenüber dem Inhaber des eingetragenen Zeichens gegeben sei, wenn die Benutzung des Zeichens dem Verletzten gegenüber widerrechtlich ist, nunmehr dem § 24 Abs. 1 des neuen Gesetzes unmittelbar entnimmt.

Weiter hält das RG. seine früher wiederholt ausgesprochene Auffassung aufrecht, daß es ein Vorbenutzungsrecht auf dem Gebiete des Warenzeichen- und Ausstattungsrechts nicht gibt. Es wiederholt, daß die Grundsätze von Treu und Glauben nur erforderten, daß das lediglich förmliche Recht vor dem sachlichen Recht zurücktreten müsse. Soweit es sich um einen zeichenmäßigen Gebrauch handle, komme ein solches sachliches Recht nur in Frage, wenn ein Besitzstand i. S. der Verkehrsgeltung erworben sei.

Gegenüber dem Hinweis der Bekl. auf die Benutzung ihres Zeichens im Auslande und eine dort erworbene Verkehrsgeltung wiederholt das RG. den schon früher im Manon-Urteil (JW. 1932, 579) ausgesprochenen Satz, daß eine Schutzgeltung im Auslande allein in Deutschland keinen materiellen Schutzanspruch begründen könne.

Schließlich hält das RG. auch auf dem Gebiete der Verwirkung an seinen bisherigen Rechtsgrundsätzen fest.

Während es sich bei diesen Rechtsgrundsätzen um bewährte Rechtssätze handelt, fordert die Entsch. doch in zwei Punkten zum Widerspruch heraus.

Bei der Behandlung des Vorbenutzungsrechts erklärt das RG., daß nur dann dem sachlichen Recht gegenüber dem formalen Recht ein Vorzug zu geben sei, wenn das sachliche Recht, hier der Ausstattungsschutz, sich vor Erwerb des Zeichenrechts innerhalb beteiligter Verkehrskreise durchgesetzt habe. Darüber hinaus erklärt das RG., daß mangels einer solchen Verkehrsgeltung die Bekl. sich auch nicht darauf berufen konnten, daß die Kl. von dem Vertrieb so bezeichneter Waren in Deutschland Kenntnis hatte. Hiernach soll also das Plagiat eines ungeschützten Kennzeichens, insbes. die Eintragung eines auf diese Weise erlangten Zeichens rechtmäßig sein. Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Zeichenrechtlich mag die Anmeldung des Zeichens nicht zu beanstanden sein, sie verstößt aber gegen die Grundsätze des auch das Warenzeichenrecht beherrschenden Wettbewerbsrechts. Es kann schlechthin nicht gebilligt werden, daß der besonders eilfertige Nachahmer besser dastehen soll als derjenige, der mit der Nachahmung wartet, bis der Erstbenutzer sein Zeichen im Verkehr durchgesetzt hat. Jedes Zeichen, auch das zur Eintragung nicht angemeldete, verkörpert einen gewissen geschäftlichen Wert, und jeder Wettbewerber, der in Kenntnis einer solchen Tatsache das gleiche Zeichen mit in Benutzung nimmt, greift damit in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise in den Geschäftsbetrieb des anderen ein. Es ist daher zu wünschen, daß dieser vom RG. nur nebenher ausgesprochene Rechtssatz baldigst einer Überprüfung unterzogen wird.

Auch ein weiterer Punkt in der Entsch. gibt zu Bedenken Anlaß. Bei der Prüfung der Frage, ob die Bekl. einen Besitzstand erworben haben, äußert sich das RG. dazu, ob und inwieweit durch einen Werbeaufwand eine Verkehrsgeltung bewiesen werden könne. Es sagt hierzu folgendes:

„Denn Werbung reicht für sich allein nicht aus, um einen Ausstattungsschutz an einer bestimmten Aufmachung einer Ware zu begründen; sie kann grundsätzlich nur dazu führen, die Entstehung eines solchen Ausstattungsbesitzes zu beschleunigen, sofern sie ihrer Art nach dazu beiträgt, die Ausstattung im Verkehr als Kennzeichen für die Herkunft der betreffenden Ware bekannt werden zu lassen. Sie kann aber nicht einen Ausgleich dafür schaffen, daß der Kreis der Verbraucher der betreffenden Ware von zu geringem Umfange ist — und dieser Zustand auch trotz starker Werbung sich nicht wesentlich ändert —, um einen Ausstattungsbesitz i. S. des § 15 WZG. a. F. zu begründen."

Es ist sicher richtig, daß die Werbung keinen Ausgleich dafür schaffen kann, daß der Kreis der Verbraucher zu eng ist. Trotzdem läßt sich der Satz, daß die Werbung für die Begründung eines Ausstattungsschutzes nicht ausreicht, nicht verallgemeinern. Es ist durchaus denkbar, daß ein kapitalkräftiges Unternehmen, noch bevor es eine neue Ware herausbringt, diese derartig innerhalb beteiligter Verkehrskreise propagiert (durch Anzeigen, an Anschlagsäulen, durch Handzettel, Plakate u. dgl. mehr), daß die Durchsetzung schon vollendet ist, ehe überhaupt die Ware vertrieben wird. Es kommt hier immer auf den einzelnen Fall an.

RA. Dr. Heinz Harmsen, Hamburg.

17. RG. — §§ 12, 20 WZG.

1. Maßgebend für die Frage der zeichenrechtlichen Verwechslungsgefahr ist lediglich die eingetragene Form des Zeichens. Unerheblich ist daher, ob das geschützte Wortzeichen mit einem Zusatz versehen ist oder ob die Packungen der konkurrierenden Zeichen sich ausreichend voneinander unterscheiden.

2. Die Frage der Verwechslungsgefahr ist auch nach der Richtung hin zu prüfen, ob die Gefahr einer Täuschung nicht schon dadurch gegeben ist, daß „in dem Gegenzeichen durch Zusätze oder Abwandlungen die Bezeichnung des Stammerzeugnisses oder dessen charakteristischer Bestandteil variiert ist".

3. Für die Annahme einer Verwechselungsgefahr im Verkehr kommt es auf die Einstellung der Verbraucher an.

Der Kl. Robert Mi. in S. stellte seit dem Jahre 1902 Rasierklingen her. Für die Firma wurde auf ihre Anmeldung v. 25. Aug. 1922 am 21. Okt. 1922 das Wort „Romi" als Warenzeichen für Messerschmiedewaren eingetragen; es wurde am 25. Aug. 1932 erneuert.

Am 11. Dez. 1929 wurde für Robert Ba. sen., ebenfalls in S., der auch eine Rasierklingenfabrik betrieb, für Rasierklingen für Apparate auf Anmeldung v. 17. Sept. 1929 das Wort „Romeria" als Warenzeichen eingetragen. Das Zeichen wurde am 18. März 1930 auf die Firma K. in S. und am 29. Aug. 1932 auf die Bekl. umgeschrieben. Für die letzte ist weiter auf ihre Anmeldung v. 6. Juli 1933 das Bild einer Rasierklingenpackung mit der Queraufschrift „Romeria" am 22. Juli 1933 als Warenzeichen für Rasierklingen eingetragen.

Der Kl. verlangt mit der Behauptung, daß die beiden jüngeren Zeichen der Bekl. „Romeria" mit seinem älteren Zeichen „Romi" verwechselbar seien, und daß ihm besonders in der letzten Zeit dadurch ein großer Schaden entstanden sei, von der Bekl. Unterlassung der warenzeichenmäßigen Benutzung des Wortes Romeria im geschäftlichen Verkehr mit Messerschmiedewaren, ferner Auskunft, seit wann und in welchem Umfange sie dieses Wort bisher so benutzt hat, endlich fordert der Kl. Feststellung der Schadensersatzpflicht der Bekl.

LG. und OLG. haben die Klage abgewiesen. Beide Gerichte haben die Klageberechtigung des Kl. bejaht, aber die Verwechslungsgefahr verneint.

Auf die Revision wurde die Sache zurückverwiesen.

Das BG. geht bei der Prüfung der Frage der Verwechslungsgefahr, die es in Übereinstimmung mit dem LG. verneint, davon aus, daß als Käufer vorzugsweise Wiederverkäufer in Betracht kommen. Doch bürgt diese Tatsache, wie das BG. meint, nicht dafür, daß diese die Warenbezeichnung sorgfältiger betrachten, als die sonstigen Käufer. Diese Ansicht des BG., durch die der Kl. allerdings nicht beschwert wird, ist nicht recht verständlich. Es kommt, wie auch das BG. in einem der nächsten Sätze ausdrücklich hervorhebt, auf den Standpunkt der Verbraucher an, d. h. ob diese der Verwechslungsgefahr unterliegen. Maßgebend ist nach der Rspr. des erk. Sen. die Einstellung des letzten Verbrauchers, d. h. der für den Kauf von Rasierklingen in Betracht kommenden Verkehrskreise. Das ist ein sehr erheblicher Teil des großen Publikums in weitestem Umfange. Die Wiederverkäufer, die das BG. allein als Maßstab in Betracht ziehen will, vermitteln doch nur die Verteilung der Ware vom Erzeuger zum Verbraucher; sie beziehen die Klingen von Fabrikanten, z. B. vom Kl., und vertreiben sie weiter an die Verbraucher. Sie werden, wie der erk. Sen. wiederholt ausgesprochen hat, der Gefahr der Verwechslung ähnlicher Warenbezeichnungen nicht so leicht unterliegen, schon wegen ihrer Branchenkenntnis und der sich daraus für sie ergebenden Kenntnis der Fabrikantenfirmen und ihrer Warenbezeichnungen. Außerdem spielt die Eile in ihrem Geschäftsverkehr mit dem Fabrikanten naturgemäß keine bedeutsame Rolle im Gegensatz zu dem Geschäftsverkehr zwischen ihnen und ihren Abnehmern, d. i. dem großen Publikum. Die Eile, in dem dieser sich erfahrungsgemäß nun einmal abspielt, aber ist eine wesentliche Ursache für das wenig sorgfältige Ansehen der Warenbezeichnungen durch den im allgemeinen auf diesem Gebiet nicht geschulten Kaufliebhaber.

Was nun die Frage der Verwechslungsgefahr betrifft, so ist die Klage allein auf die nach Ansicht des Kl. bestehende Verwechslungsgefahr der Wortzeichen Romi und Romeria gestützt. Beide Warenbezeichnungen sind als Wortzeichen für Rasierklingen, also für gleiche Waren eingetragen, Romi für die Firma des Kl., Romeria für die Bekl. sowohl allein als Wort wie auch als Aufschrift auf der den Gegenstand ihres Zeichenschutzes darstellenden bildlichen Wiedergabe einer ihrer Klingenpackungen. Romi hat das zeitliche Vorrecht vor Romeria. Es handelt sich somit nur um die Frage, ob das durch frühere Eintragung von dem Kl. erworbene Zeichenrecht an dem Worte Romi verletzt wird durch das später für die Bekl. ebenfalls für Rasierklingen eingetragene Wort Romeria, weil beide Worte nach der Behauptung des Kl. verwechslungsfähig sind. Für diesen rein zeichenrechtlichen Verletzungsanspruch, auf den sich die Klageanträge stützen, spielen Bildzeichen des Kl. auf seinen Packungen, von denen das BG. spricht, keine Rolle. Die Bekl. hat auf die bildliche Ausstattung von Klingenpackungen des Kl. hingewiesen mit dem Bemerken, daß auch die von den Parteien verwendeten Packungen und Reklamen jede Möglichkeit der Verwechslungsfähigkeit ausschlössen, da die Kl. auf allen ihren Packungen ihre Schutzmarke — das Bild eines Fuchses, der einen Hasen rasieren will — deutlich anbringe, diesem Bildzeichen gegenüber das Wort Romi aber verhältnismäßig stark zurücktrete. Weiter hatte die Bekl. daselbst behauptet, daß die Kl. selbst in ihren Werbeschriften und Rasierklingenreklamen ihre Kundschaft ausdrücklich auf die Marke Hase mit Fuchs aufmerksam mache. Demgegenüber hatte die Bekl. auf ihre eigenen Packungen hingewiesen, die ausschließlich von dem Worte Romeria beherrscht würden und daher mit den Packungen des Kl. nicht die geringste Ähnlichkeit besäßen; auch in dem sonstigen Werbematerial lehne sich die Bekl. nirgends an die Werbung des Kl. an.

Das BG. legt ebenso wie schon das LG. diese Ausführungen der Bekl. über die Aufmachung der Packungen des Kl. und der der Bekl., insbes. über das, was in dieser Aufmachung den Gesamteindruck beherrsche, nämlich das Bild Fuchs und Hase, nicht aber das Wort Romi, und daß daher bzgl. der Packungen das Wort Romeria keine Verwechslungsgefahr begründe, rechtsirrig seiner Prüfung über die Frage der Verwechslungsgefahr zugrunde. Diese ganzen Ausführungen der Vorinstanzen kommen für die hier zur Entsch. stehende Frage, ob eine Verletzung des Zeichenrechts der Firma des Kl. an ihrem älteren eingetragenen Wortzeichen Romi vorliegt, durch das seiner Ansicht nach mit ihm verwechselbare jüngere Wortzeichen der Bekl. Romeria, überhaupt nicht in Betracht. Denn maßgebend für die Frage der Verwechslungsgefahr ist die eingetragene Form des Zeichens, also Romi. Nur für diese verlangt der Kl. gem. §§ 12, 20 WZG. Schutz, nicht aber für eine von der eingetragenen Form willkürlich abweichende Benutzungsart. Unerheblich ist daher, ob der Kl. ein Wortzeichen Romi nicht allein für sich, sondern mit einem Zusatz, z. B. „Nr. 1000" oder „Luxus", auf seinen Klingen anbringt. Ebenso unerheblich ist für die Klageansprüche wegen Verletzung des Zeichenschutzes der Kl., ob etwa die Packungen der Parteien sich ausreichend voneinander unterscheiden, weil der Kl. die seinigen mit einem Bilde auf der Oberfläche versieht, demgegenüber sein außerdem angebrachtes Wortzeichen „Romi" stärker zurücktritt, so daß aus diesem Grunde eine Verwechslungsfähigkeit mit den mit der Bezeichnung Romeria versehenen Packungen der Bekl. nicht bestehen soll. Sollte eine Verwechslungsgefahr für das ältere eingetragene Wortzeichen der Firma des Kl., „Romi", durch das jüngere Wortzeichen der Bekl., „Romeria" begründet sein, so ist die Frage, ob auch die Packungen der Parteien verwechslungsfähig sind, ohne rechtliche Bedeutung. Es sind nicht die Packungen einander gegenüberzustellen und auf ihre Verwechslungsgefahr zu vergleichen, sondern es ist zu prüfen, ob die Eintragung des Wortzeichens Romeria für die Bekl. — wobei seine Verwendung auf ihren Packungen nicht einmal

unbedingt herangezogen werden müßte, da bereits in der Eintragung für die Bekl. auf ihre Anmeldung eine unzulässige Benutzung i. S. des § 12 WZG. liegen würde, falls eine Verwechslungsgefahr gegeben sein sollte —, gegenüber dem für die Kl. eingetragenen älteren Wortzeichen Romi, so wie es eingetragen ist, eine Verwechslungsgefahr i. S. des § 20 WZG. begründet. Anders wäre es, wenn das Wort „Romi“ nicht als Warenzeichen für die Kl. und das Wort „Romeria“ nicht als Zeichen für die Bekl. eingetragen wäre. Dann käme nicht eine Verletzung des Zeichenschutzes durch Begründung der zeichenrechtlichen Verwechslungsgefahr in Frage, sondern es wären die Packungen der Parteien mit den beiden Worten und die Tatsache, daß beide Parteien ihre Klingen mit ihnen versehen, der Prüfung der Verwechslungsgefahr zugrunde zu legen.

Das BG. kommt dann schließlich zur Prüfung der Verwechslungsgefahr der beiden Wortzeichen. Dabei geht es zutreffend davon aus, daß Worte nach Klang, Wortbild und Sinn übereinstimmen können, und daß es zur Annahme der Verwechslungsgefahr genügt, wenn sie auf einem dieser drei Gebiete übereinstimmen. Das BG. sieht hier von der Möglichkeit einer Übereinstimmung nach dem Sinn beider Worte ab, da es sich bei ihnen um Phantasieworte handle, deren Sinn also für den Durchschnittskäufer nicht erkennbar sei; es bleibe für ihn daher nur der klangliche und bildliche Eindruck zurück, und zwar der erste weit stärker als der letzte, weil die Schreibweise der beiden Worte einfach und unverziert sei, also keine Besonderheiten biete. Es sei hier nur nebenbei bemerkt, daß das BG. hier wieder in seiner rechtsirrigen Bewertung der Packungen die Schreibweise der beiden Worte auf ihnen berücksichtigt. Maßgebend für die Frage, ob eine Übereinstimmung nach dem Wortbild vorliegt, ist allein das Bild des Wortes Romi so, wie es in die Zeichenrolle eingetragen ist und daher Zeichenschutz genießt, und andererseits das Bild des Wortes Romeria in der der Bekl. geschützten und von ihr verwendeten Form. Das BG. ist der Ansicht, daß die Bildwirkung keine Verwechslungsmöglichkeit begründe, da auch der flüchtige Beschauer, der sich nicht einmal die Mühe gebe, die beiden Worte zu lesen, in der Erinnerung behalten werde, daß das Zeichen des Kl. ein ganz kurzes Wort enthalte, während das der Bekl. — geschrieben wie gedruckt — einen erheblich größeren Raum in Anspruch nehme. Weiter hebt das BG. hervor, daß entgegen der Ansicht der Bekl. die Verwechslungsgefahr der beiden Worte nicht unter Hinweis darauf in Abrede gestellt werden könne, daß die drei ersten Buchstaben der Zeichen der Parteien ein Freizeichen, nämlich den Namen der Stadt Rom, darstellten und die übrigen Buchstaben in beiden Zeichen ganz verschieden seien. Selbstverständlich spielt dieser völlig verfehlte Gesichtspunkt der Bekl. hier keine Rolle. Keinem der Beschauer wird beim Anblick der beiden Worte der Gedanke an die Hauptstadt Italiens kommen, keinesfalls aber in dem Sinne, daß nun mit Rücksicht auf diesen allen zur Benutzung zu Kennzeichnungszwecken freigegebenen Wortbestandteil nur der Rest der beiden Worte, also der Buchstabe i in „Romi“ und die Buchstaben „eria“ in „Romeria“ als unterscheidend in Betracht kämen.

Insoweit sind rechtliche Bedenken gegen die Ausführungen des BG. zur eigentlichen Frage der Verwechslungsgefahr der beiden Wortzeichen nicht zu erheben.

Aber die Begründung des BG., mit der die klangliche Verwechslungsgefahr verneint wird, unterliegt rechtlichen Bedenken. Dadurch, daß das BG. fast ausschließliches Gewicht legt auf die abweichende Betonung der beiden Worte durch den deutschen Durchschnittsbeschauer kommt es zu der Auffassung, daß „es dem flüchtigen Leser kaum zum Bewußtsein komme und kaum in der Erinnerung bleibe, daß beide Zeichen mit den Buchstaben R, O, M beginnen“. Diese Betrachtungsweise entspricht nicht der, die im Geschäftsverkehr von dem eiligen Durchschnittsbeschauer geübt wird. Ihm wird, wenn er die Bezeichnung „Romi“ gesehen hat, beim Anblick der Bezeichnung „Romeria“ gerade zum Bewußtsein kommen, daß er eine Bezeichnung, die zwar kürzer war, aber doch mit dem ersten Teil des Wortes „Romeria“ im wesentlichen übereinstimmte, bereits kenne. Dann besteht für ihn die nicht zu fernliegende Möglichkeit, daß er die beiden, seiner Erinnerung nach so weitgehend übereinstimmenden Worte derart miteinander in Verbindung bringt, daß er vielleicht annimmt, die so bezeichneten Waren stammten aus dem gleichen Betriebe, indem der Fabrikant seine Waren je nach ihrer Beschaffenheit mit Spielarten der Grundbezeichnung „Rom“ oder „Romi“ benenne, es sich also bei der das Wort „Rom“ enthaltenden Bezeichnung „Romeria“ um eine Sortenbezeichnung desselben Fabrikanten handle, der zunächst die „Romi“-Klingen herausgebracht habe und weiter herausbringe.

Verfehlt ist der von der Bekl. vertretene Standpunkt, die von der Rev. geforderte Betrachtungsweise verstoße gegen den Grundsatz, daß für die Verwechslungsgefahr von Wortzeichen nur eine zeichenrechtliche Ähnlichkeit nach dem Klange oder dem Bilde oder dem Sinne der beiden Worte maßgebend sei. Es trifft — entgegen der Ansicht der Bekl. — nicht zu, daß durch die von der Rev. geforderte Berücksichtigung der Gedankenkombination und Assoziation die Prüfung der Verwechslungsgefahr von Wortzeichen auf eine neue Grundlage gestellt werde mit der Wirkung, daß die Voraussetzungen für die Annahme der Verwechslungsgefahr dadurch unzulässig erleichtert würden. Es entspricht vielmehr der ständigen Rspr. des erk. Sen., daß in Fällen wie dem vorliegenden die Frage der Verwechslungsgefahr auch nach der Richtung zu prüfen ist, ob die Gefahr einer Täuschung nicht schon dadurch gegeben ist, „daß in dem Gegenzeichen durch Zusätze oder Abwandlungen die Bezeichnung des Stammerzeugnisses oder dessen charakteristischer Bestandteil variiert ist“ (vgl. die Urteile des erk. Sen. in JW. 1925, 1285; 1926, 1982 betr. „Aspirin“ — „Coffeospirin“, „Hegospirin“, „Citrospirium“, ferner Urt. des erk. Sen. betr. „Aspirin“ — „Novoaspirin“, ferner Urt. des erk. Sen. betr. „Wagnella“ als Abwandlung von „Wagner“ (Margarine), ebenso betr. „Vollob“ und „Vollruhm“ und betr. „Edler von Lorch“ — „Edler von Neuerburg“).

Die Rev. rügt im einzelnen noch, daß das BG. die Berücksichtigung der Auffassung der Solinger Rasierklingen-Fabrikanten abgelehnt habe, ebenso der Tatsache, daß eine ganze Anzahl Bestellungen auf Romeria-Klingen, gerichtet an die Fabrik der Romeria-Klingen in Solingen (oder ähnliche Anschriften), von den Postboten irrtümlich an den Betrieb des Kl. ausgehändigt wurden in der Meinung, er stelle auch die Romeria-Klinge her, da er bekanntlich die Romi-Klinge herstellt.

Aber für die Prüfung der Frage der Verwechslungsgefahr können diese Tatsachen nicht herangezogen werden, jedenfalls nicht unmittelbar. Denn sie betreffen nicht Verwechslungen im Verkehr. Für die Annahme einer Verwechslungsgefahr im Verkehr kommt es auf die Einstellung der Verbraucher an. Die Auffassung der der gleichen Branche angehörenden Fabrikanten und das Verhalten der Post könnten somit nur insofern berücksichtigt werden, als diese Umstände Schlüsse auf die Einstellung der Verbraucher zulassen würden.

Der in der Klageschrift erwähnte Vorstoß des Kl. durch Anmeldung des Wortzeichens „Bonseria“ in Kenntnis, daß für die Bekl. das Wortzeichen „Bonsa“ für gleiche und gleichartige Waren eingetragen ist, mit der Folge, daß das Reichspatentamt die Eintragung „Bonseria“ versagte wegen Verwechslungsfähigkeit dieses Wortes mit dem Wortzeichen „Bonsa“ der Bekl., hatte ersichtlich nur den Zweck, an diesem gleichliegenden Fall zu beweisen, daß auch „Romi“ und „Romeria“ verwechslungsfähig seien. Die Rev. weist darauf hin, daß auch in jenem Falle nur eine auf Kombination beruhende Verwechslungsgefahr vom Reichspatentamt für gegeben erachtet sein könne, nämlich auf der Annahme des Verkehrs beruhend, daß „Bonseria“ eine Ableitung von „Bonsa“ wäre. Dieser Standpunkt der Rev. ist nicht von der Hand zu weisen.

Nach alledem ist die Verneinung der Verwechslungsgefahr der beiden Wortzeichen der Parteien „Romi“ und „Romeria“ durch das BG. als rechtsirrig zu erachten.

(RG., II. ZivSen., U. v. 26. Jan. 1937, II 159/36.)

[W. R.]

Geschmacksmustergesetz und Gebrauchsmustergesetz

**** 18. RG. — §§ 1, 5, 8, 14 GeschmMustG.; § 25 WZG.; § 1 UnlWG.**

Jede für Geschmacksmuster erstmalig beanspruchte Schutzfrist von mehr als 3 Jahren kann ohne weiteres auf 10 bzw. 15 Jahre verlängert werden.

Der Schutz des Geschmacksmusters beschränkt sich auf diejenigen Teile eines hinterlegten gewerblichen Erzeugnisses die durch ihre äußere Gestaltung auf den Form- und (oder) Farbensinn einwirken können. Die Nachbildung anderer Teile eines solchen Erzeugnisses kann als Verletzung des Ausstattungsschutzes oder nach § 1 UnlWG. unzulässig sein.

Die Kl. stellt her und vertreibt Vorhängeschlösser bekannter Bauart, deren Vorderseite durch eine fast die ganze Fläche bedeckende Nickelauflageplatte mit Aussparungen für ein Nummerschild (horizontal die Zahl 1924 zeigend) und für die Schlüsselöffnung (senkrecht) bedeckt ist, so daß der dunkle Schloßkasten auf der Vorderseite als Umrahmung der Nickelplatte wirkt. Dabei ist oben rechts und links noch ein Ausschnitt halbkreisförmig aus der Platte ausgespart, die in der Mitte das Fabrikzeichen der Kl. mit seitlich als Strahlen wirkenden Linien trägt. Dieses Schloß hat die Kl. am 12. Sept. 1931 als Geschmacksmuster bei dem AG. in W. angemeldet und vor Ablauf der zunächst beanspruchten Schutzfrist für die Gesamtdauer von 15 Jahren beansprucht.

Die Bekl. stellt ebenfalls Vorhängeschlösser derselben Bauart her und vertreibt sie gleich der Kl. nach Indien. Diese Schlösser gleichen den Vorhängeschlössern der Kl. hinsichtlich der Form des Nickelschildes vollständig. Die Abweichungen bestehen nur darin, daß an Stelle der Zahl 1924 die Zahl 1934 eingesetzt ist und daß an der Stelle, an der sich bei der Kl. deren Fabrikzeichen befindet, ein Zeichen der Bekl. angebracht ist, das wie ein Flügelrad wirkt.

In der Herstellung dieser Vorhängeschlösser erblickt die Kl. eine bewußte und gewollte Nachahmung ihrer als Muster eingetragenen Erzeugnisse, Verletzung des von ihr beanspruchten Ausstattungsschutzes, ferner Verstoß gegen § 1 UnlWG. und § 826 BGB. und hat nach längeren brieflichen Auseinandersetzungen mit der Bekl., wobei die den Export nach Indien und Ostasien vermittelnde Hamburger Firma N. U. GmbH. auf seiten der Kl. beteiligt war, schließlich Klage erhoben. Vorher aber war im Rahmen dieser Auseinandersetzung zwischen den Parteien durch Schreiben v. 20. und 23. März 1934 eine Vereinbarung über die beiderseitigen Exportpreise zustande gekommen und nach Ansicht der Kl. auch darüber, daß die Bekl. an Stelle der Zahl 1934 die Zahl 4391 benutzen solle. Von diesem Abkommen ist die Kl. mit Brief v. 8. Juni 1934 zurückgetreten, da die Bekl. die übernommenen Vertragspflichten nicht erfüllt und die Kl. darüber getäuscht habe, daß sie nicht nur die Fabriknummer der Kl., sondern die vollständige Nickelplatte der Kl., nicht nur deren frühere (nur die halbe Vorderseite bedeckende) Nickelplatte verwendet habe.

Die Kl. hat Unterlassung der Herstellung und des Vertriebs von Vorhängeschlössern der beanstandeten Art, ferner Auskunft, Zahlung von Schadenersatz und Herausgabe der rechtswidrig hergestellten Schlösser und der dazu benutzten Werkzeuge zwecks Vernichtung verlangt. Dagegen hat die Bekl. die Abweisung der Kl. beantragt, weil das eingetragene Muster nicht neu und auch sonst nicht schutzfähig sei, ein Ausstattungsschutz für die Kl. nicht bestehe, auch von unlauterem Wettbewerb oder unerlaubter Handlung der Bekl. nicht gesprochen werden könne. Die Bekl. habe nur die längst bekannten Formen der Kampschlösser gleich der Kl. verwendet und die geringfügigen Änderungen der Kl. ohne irgendwelche Täuschungsabsichten übernommen.

Das LG. hat die Klage abgewiesen. Dagegen hat das OLG. auf Unterlassung, Auskunftserteilung, Feststellung der Schadenersatzpflicht und auf Vornahme der in § 14 Abs. 1 GeschmMustG. vorgesehenen Maßregeln erkannt. Die Rev. der Bekl. blieb ohne Erfolg.

Das OLG. hat der Klage in allen wesentlichen Punkten entsprochen, weil es insoweit den von der Kl. in erster Linie geltendgemachten Geschmacksmusterschutz zur Begründung der Klageanträge für ausreichend erachtet hat. Abgewiesen ist dabei nur der Antrag auf Vernichtung der bereits beschlagnahmten und als Nachbildungen beanstandeten Schlösser der Bekl., wofür das OLG. auf die besondere Vorschrift in § 14 Abs. 1 GeschmMustG. Bezug nimmt. In der RevInst. bedarf es einer Stellungnahme zu dieser Entsch. nicht, weil die Kl. gegen diese Teilabweisung nicht Rev. eingelegt hat.

Auf die weiteren Klagegründe (Ausstattungsschutz, Verstoß gegen § 1 UnlWG. und § 826 BGB.) einzugehen, erübrigt sich daher, soweit rechtliche Bedenken gegen die vom OLG. angenommene objektive und subjektive Geschmacksmusterverletzung nicht bestehen. Dabei muß vorweg eine Frage geprüft werden, die bisher weder von den Parteien noch von den Vorinstanzen erörtert worden ist. Wie die Akten des AG. in W. betr. das klägerische Geschmacksmuster ergeben, ist dieses am 12. Sept. 1931 für die Dauer von 5 Jahren angemeldet worden. Folgt man der bisherigen Rspr. (RGZ. 46, 93), so ist das Muster am 12. Sept. 1936 erloschen, was auch in der RevInst. noch berücksichtigt werden muß. Die Verurteilung der Bekl. zur Unterlassung könnte dann ebensowenig aufrechterhalten bleiben, wie die Verurteilung zur Auskunft und die Feststellung der Schadenersatzpflicht für die Zeit seit dem 12. Sept. 1936. Denn die am 8. Aug. 1936 beantragte Verlängerung der Schutzfrist um 10 Jahre wäre dann ohne jede rechtliche Wirkung geblieben, weil die Verlängerung einer in zulässiger Weise von vornherein auf 5 Jahre beantragten Schutzfrist nach § 8 Abs. 3 GeschmMustG. überhaupt nicht möglich wäre. Das obengenannte Urteil hat diese Auslegung des Gesetzes für zutreffend erachtet, weil nicht erfindlich sei, zu welchem Zweck das Gesetz überhaupt die Ausübung des Rechts auf Verlängerung mit dem Ablauf gewisser Perioden in Verbindung gebracht haben könnte, wenn die Wahrung dieser Zeitpunkte nicht Bedingung für die Wirksamkeit der Rechtsausübung hätte sein sollen. Unterstützend wurde ausgeführt, daß auch die Gesetzesmaterialien für die Richtigkeit dieser Rechtsansicht sprächen: die erst in der Reichstagskommission eingefügte Bestimmung habe die Schutzfrist in eine organische Verbindung mit den Gebühren (vgl. § 12 Abs. 2 und 3 GeschmMustG.) bringen und verhindern wollen, daß durch eine sonst mögliche 14malige Verlängerung das Registergericht ungebührlich belastet und das Register ganz unübersichtlich gemacht werde. Auch wenn man alle diese Gründe als beachtlich anerkennt, so zwingen sie doch nicht zu der oben angeführten Auslegung des Gesetzes. Wenn es, wie keinem Zweifel unterliegt, unbedenklich zulässig ist, von vornherein eine Schutzfrist von mehr als 3 Jahren zu beanspruchen, so ist nicht recht erkennbar, inwiefern hier noch von einer „organischen Verbindung mit den Gebühren" gesprochen werden kann, die nach dem Kommissionsbericht als Zweck der Vorschrift angesehen wurde. Das wäre im Hinblick auf § 12 Abs. 2 und 3 nur zu erreichen gewesen, wenn § 8 die Regel aufgestellt hätte, daß die Schutzfrist zunächst 3 Jahre betrage und bei (richtiger: vor) ihrem Ablauf auf 10 Jahre und alsdann auf 15 Jahre verlängert werden könne. So ist das Gesetz sicher nicht zu verstehen, vielmehr soll es von vornherein ohne weiteres zulässig sein, eine Schutzfrist von mehr als 3 Jahren bis zur Höchstgrenze von 15 Jahren zu beanspruchen. Das Merkmal einer organischen Verbindung der Schutzfrist mit den Gebühren ist also im Gesetz keineswegs klar zum Ausdruck gelangt, bestenfalls durch Erwähnung der 10jährigen Schutzfrist nur angedeutet. Diese Andeutung kann aber noch einen anderen Sinn haben. Aus § 8 Abs. 2 könnte man entnehmen, daß nur eine einmalige Verlängerung durch Ausdehnung der Schutzfrist auf höchstens 15 Jahre zulässig sei. Dem tritt § 8 Abs. 3 entgegen und stellt die Regel auf, daß, wenn zunächst eine Verlängerung auf 10 Jahre stattgefunden hat, dann eine nochmalige Verlängerung durch Ausdehnung der Schutzfrist bis auf 15 Jahre zulässig sein soll. Bei dieser Fassung ist allerdings nicht darauf Rücksicht genommen, daß § 8 Abs. 3 eine Ausdehnung der Schutzfrist außer bei der Anmeldung auch bei Ablauf der dreijährigen Frist vorsieht. Danach könnte man annehmen, daß eine Schutzfrist von weniger als 3 Jahren überhaupt nicht verlängert werden kann. Einmütig ist man aber der Ansicht, daß eine

solche Schutzfrist zunächst einmal auf 3 Jahre und dann weiter in derselben Weise verlängert werden kann, als wenn sie von vornherein 3 Jahre betragen hätte. Daraus folgt, daß die Fassung des Gesetzes der durch die Bedürfnisse der Praxis gerechtfertigten bisherigen Auslegung keineswegs vollständig entsprechen. Dann kann aber auch sonst nicht der Wortlaut, sondern nur der Zweck der Gesetzesvorschrift, eine übermäßige Belastung der Registerbehörde und des Registers zu vermeiden, maßgeblich sein. Diesem Zweck genügt die in der Praxis der Registergerichte vielfach vertretene Ansicht, daß jede erstmalig beanspruchte Schutzfrist von mindestens 3 Jahren auf 10 bzw. 15 Jahre verlängert werden kann. Der Senat hält es deshalb für richtig, die in RGZ. 46, 93 ff. vertretene Rechtsansicht, soweit sie mit der vorstehend wiedergegebenen Auslegung in Widerspruch steht, ausdrücklich aufzugeben. Dann ist die von der Kl. beanspruchte Verlängerung der Schutzfrist des streitigen Musters rechtswirksam geworden; das Muster ist mit Wirkung v. 8. Aug. 1936 um 10 Jahre verlängert worden, wovon auch die Rev. ausgeht.

Was nun die Rügen der Rev. anbelangt, so ergibt der Gesamtinhalt der Urteilsgründe, daß das OLG. die Voraussetzungen des Geschmacksmusterschutzes im wesentlichen nicht verkannt hat. Es hat zwar die grundlegende Betrachtung über die Wirkung des von der Kl. hinterlegten Musters 1924 etwas versteckt zwischen die Erörterung der sonstigen Mustermerkmale eingefügt. Indessen besteht kein Zweifel, daß auch das OLG. erkannt hat, es komme — ganz abgesehen von Neuheit und Eigentümlichkeit des Musters — zunächst darauf an, daß als „gewerbliche Muster oder Modelle“ Industrieerzeugnisse nur schutzfähig sein können, soweit sie durch ihre äußere Gestaltung auf den Form- und (oder) Farbensinn (Geschmack) zu wirken bestimmt und geeignet sind. Das OLG. hat die Frage nicht besonders geprüft, welche Teile des als Modell eingetragenen Vorhängeschlosses nach § 1 GeschmMustG. geschützt sein können. Das war deshalb nicht erforderlich, weil einerseits von vornherein unter den Parteien kein Streit darüber bestand, daß in Übereinstimmung mit der Anmeldung („gekennzeichnet durch eine große fassonierte und durchbrochene Nickelauflageplatte“) nur die Gestaltung der Nickelauflageplatte hier in Frage kommt, und weil andererseits von der Bekl. niemals behauptet war, daß diese Platte allgemein oder vermöge ihrer Gestaltung technische Aufgaben zu erfüllen habe und dadurch dem Geschmacksmusterschutz entzogen sei. Für eine solche Annahme besteht aber auch sonst kein Anlaß; es ist nicht ersichtlich, daß die Auflageplatte irgendwie den Gebrauchszweck des Vorhängeschlosses zu fördern geeignet sei. Aber bei der Begrenzung des Schutzgegenstandes auf die Auflagsplatte ist das vom OLG. ausgesprochene Verbot nur teilweise aus dem rechtlichen Gesichtspunkte der Geschmacksmusterverletzung gerechtfertigt. Das Verbot des angefochtenen Urteils bezieht sich auf die gesamte Vorderseite des beanstandeten Schlosses der Bekl. und will damit offenbar dem ersten Klageantrag entsprechen, also auch die Benutzung einer Zahl im rechteckigen Ausschnitt, insbesondere der Zahl 1934 untersagen. Die Rev. beanstandet das nicht besonders, aber es besteht kein Zweifel, daß die Anbringung einer Zahl im rechteckigen Querausschnitt keine ästhetische Wirkung hervorzubringen geeignet ist, auch für die ästhetische Gesamtwirkung in keiner Weise in Betracht kommt. Dann konnte die Anbringung einer Zahl im rechteckigen Ausschnitt der Auflageplatte nicht wegen Verletzung des Geschmackmusters der Kl. verboten werden. Vielmehr kann nur in Frage kommen, ob einer der sonstigen Klagegründe hier durchgreift. Das ist später zu erörtern.

Dagegen sind die rechtlichen Bedenken der Rev., welche sich auf die Feststellung einer Geschmacksmusterverletzung beziehen, nicht gerechtfertigt. Die Betrachtung muß sich freilich, wie die Rev. auch nicht verkennt, auf den wahren Gegenstand des beanspruchten Geschmacksmusterschutzes, also auf die Gestaltung der Nickelauflageplatte beschränken. Die Rev. rügt nun, daß das OLG. sowohl den Begriff der Neuheit wie den der Eigentümlichkeit i. S. des § 1 GeschmMustG. verkannt habe. Dem kann aber in keiner von beiden Richtungen zugestimmt werden.

Das Gesetz verlangt als Grundlage des Schutzes, daß ein neues und eigentümliches Erzeugnis vorhanden ist. Aber mit Recht betont das OLG., daß das Gegenteil von demjenigen **nachzuweisen** ist, der das Vorhandensein der Neuheit und Eigentümlichkeit bestreitet. Das ergibt sich zwar nur in letzterer Beziehung aus § 13 GeschmMustG., wird aber von der Rspr. auch hinsichtlich der Neuheit gewohnheitsrechtlich angenommen (RGZ. 142, 341 = JW. 1934, 690 [m. Anm.]).

Neu ist ein Muster, wenn es in seiner wesentlichen Gesamterscheinung bis zur Anmeldung noch nicht im Verkehr war, also weder vorbenutzt noch bildlich veröffentlicht oder zur Schau gestellt war. Mit der Nachahmung hat das begrifflich nichts zu tun, wie die Rev. zutreffend bemerkt. Aber diese Gegenüberstellung im angefochtenen Urteil ist nicht entscheidend, weil das OLG. zutreffend geprüft hat, worin gegenüber den vor der Anmeldung der Kl. bekannten Schlössern die Abweichung besteht. Es hat festgestellt, daß diese Abweichung nicht sehr groß ist, aber doch so groß, daß von einer wesentlichen Abweichung und einer **neuen Gesamtwirkung** gesprochen werden könne. Das wird in der Verlängerung des Zierschildes über das Schlüsselloch hinaus gefunden. Ein Rechtsirrtum ist hierin nicht zu erkennen und es ist zutreffend, wenn hierbei auf die **neue ästhetische Wirkung** als Schutzvoraussetzung hingewiesen wird (RG.: MuW. 27/28, 317).

Unbegründet ist auch die Rüge, daß das OLG. den Begriff der **Eigentümlichkeit** verkannt habe. Nach ständiger Rspr. gilt ein Muster nur dann als eigentümlich, wenn es sich als Ergebnis individueller schöpferischer Kraft darstellt. Gegensatz dazu ist die Nachbildung, denn es soll die **selbständige, originäre Schöpfungstat**, nicht ein abgeleiteter Besitzstand geschützt werden, der erkennbar nach einem Vorbild unter Übernahme seiner charakteristischen Merkmale geschaffen ist. Die schöpferische Leistung muß, um schutzfähig zu sein, auch eine gewisse **individuelle Eigenart** aufweisen. Alles das hat das OLG. keineswegs verkannt, sondern zutreffend dargelegt, daß das Muster der Kl. einen ganz anderen ästhetischen Eindruck macht als die vorher üblichen Vorhängeschlösser. Es ist auch nicht zu bemängeln, daß das OLG. das Vorhandensein einer schöpferischen Leistung der Kl. bejaht hat. Zuzugeben ist, daß diese Leistung nicht sehr groß ist, doch handelt es sich hier nicht um Kunstwerkschutz, sondern um den Schutz für die ästhetisch wirkende Ausgestaltung der Form von gewerblichen Erzeugnissen, insbesondere von Gebrauchsgegenständen des täglichen Lebens. Dabei dürfen die Anforderungen an die schöpferische Leistung nicht überspannt werden. Es genügt im vorliegenden Falle, daß die von der Kl. gewählte Gestaltung des Zierschildes eine besondere ästhetische Wirkung gegenüber den bekannten Formen hervorbringt.

Unbegründet ist auch die weitere Rüge der Rev., die dem OLG. zum Vorwurf macht, es habe rechtsirrig ein Verschulden der Bekl. festgestellt. Das OLG. hat auf Grund des von ihm erhobenen Zeugenbeweises festgestellt, daß einer der Leiter der Bekl. einem Angestellten das Schloß der Kl. mit der Zahl 1924 mit der Aufforderung vorgelegt habe, danach eine Nachbildung mit kleinen Abweichungen an der untern Kante und mit der Zahl 1934 zu schaffen. Das OLG. stellt ferner fest, daß die Geschäftsführer und Gesellschafter der Erstbeklagten nach Lage der Sache mit der Möglichkeit eines Geschmacksmusterschutzes rechnen mußten, an eine in den Vereinbarungen der Parteien liegende Genehmigung der Kl. (vgl. § 5 GeschmMustG.) aber keinesfalls glauben konnten. Daraus folgert das OLG., daß der Verdacht vorsätzlicher Rechtsverletzung vorliege, mindestens aber ein grobfahrlässiges Verhalten der Bekl. festgestellt werden müsse. Ein Rechtsirrtum ist in diesen Ausführungen, soweit sie überhaupt der Nachprüfung zugänglich sind, nicht zu erblicken. Zweifelhaft kann nur sein, ob die Bekl. bei der unverkennbar beabsichtigten Nachbildung des Schlosses der Kl. damit rechnen mußten, daß das Schloß geschützt sei. Ohne Rechtsirrtum hat das OLG. diese Frage bejaht, indem es auf die Erfahrungen der Bekl. als Schloßfabrikanten hinweist, denen bekannt sei, daß solche

Schlösser nicht selten wegen ihrer besonders gefälligen Form als Geschmacksmuster eingetragen zu werden pflegen. Es kommt hinzu, daß die Bekl. die Herstellerin des als Vorbild gewählten Schlosses genau kannte und deshalb mit Leichtigkeit durch Anfrage bei dem zuständigen AG. feststellen konnte, ob ein Geschmacksmusterschutz bestehe; denn das Muster ist offen hinterlegt, so daß es nicht etwa unmöglich war, es zu besichtigen und sich dadurch Gewißheit zu verschaffen.

Die Rev. meint, der etwaige Irrtum der Bekl. beruhe nicht auf Fahrlässigkeit, weil die Bekl. habe annehmen dürfen, daß das Muster der Kl. gegenüber den bekannten Schlössern nicht als neu anerkannt werden könne. Nun ist zwar im Urheber- und Geschmacksmusterrecht auch der Irrtum über Zivilrechtssätze als beachtlich anerkannt (vgl. Pinzger, Geschmacksmusterrecht, Anm. 4 zu § 14 GeschmMustG., S. 120), wenn er entschuldbar erscheint. Letzteres kann aber nicht anerkannt werden, wenn für die Annahme mangelnder Eigenart eine zu berechtigten Zweifeln Anlaß gebende tatsächliche Grundlage fehlt, wie das OLG. ohne Rechtsirrtum angenommen hat. Ebensowenig aber können die Bekl. sich darauf berufen, daß sie in entschuldbarem Irrtum hätten annehmen dürfen, in der Vereinbarung vom März 1934 habe die Kl. eine Genehmigung der Nachbildung ihres Schlosses erteilt. Das OLG. hat festgestellt, daß die Kl. zur Zeit der Vereinbarung gar nicht damit rechnen konnte, daß die Bekl. ein Vorhängeschloß mit ganzseitiger Nickelplatte bereits hergestellt hatten und auch künftig herstellen wollten. Dann fehlte damals für die Bekl. jeder Grund für die Annahme, die Kl. werde diese Art der Nachbildung dulden.

Das OLG. hat danach ohne Rechtsirrtum die Voraussetzungen objektiver und subjektiver Geschmacksmusterverletzung festgestellt. Es hat daraus, bis auf die bereits erwähnte Ausnahme, in seiner Entsch. nur die rechtlich zulässigen Folgerungen gezogen, insbesondere statt der eventuell beantragten Vernichtung der unter Rechtsverletzung hergestellten Schlösser nur gemäß § 14 Abs. 1 GeschmMustG. angeordnet, daß diese Schlösser ihrer gefährdenden Form entkleidet oder während der Schutzfrist in amtliche Verwahrung genommen werden.

Es bleibt daher nur noch zu prüfen, ob die tatsächlichen Feststellungen des OLG. die Verurteilung der Bekl. auch insoweit rechtfertigen, als sie sich auf die Anbringung einer Zahl, insbesondere der Zahl 1934 bezieht. Mit Recht hat das OLG. die Verurteilung der Bekl. wegen Verletzung des Ausstattungsschutzes der Kl. verneint, weil der von der Kl. geltend gemachte Schutz nach deren eigenen Behauptungen sich nur auf eine im Auslande, insbesondere Indien, begründete Verkehrsgeltung stützt. Zur Begründung dieser Ansicht hat sich das OLG. nur kurz auf die Rspr. des 2. ZivSen. des RG. (RGZ. 118, 76 = JW. 1928, 347; RGZ. 140, 25 = JW. 1933, 2646 [9] [m. Anm.]) berufen, der sich der jetzt erk. Sen. anschließt. Zur Erläuterung der vorgenannten Rspr. kann auch noch auf ein weiteres Urt. des 2. ZivSen. v. 10. Juni 1936 (GRUR. 1937, 311) verwiesen werden, das das vorher zuletzt genannte Urteil dahin erläutert, daß die Kl. einen Ausstattungsschutz nur für diejenigen Gebiete verlangen könnte, in denen sich ihre Ausstattung im Verkehr wirklich durchgesetzt hat. Daß hieran, wie bei dem Tatbestand des Urt. v. 10. Juni 1936, die Anträge der Kl. betr. Benutzung einer Zahl, insbesondere der Zahl 1934, im Querausschnitt der Auflageplatte scheitern müssen, leuchtet ohne weiteres ein. Denn diese Anträge beziehen sich ganz allgemein auf die nach Ansicht der Kl. rechtsverletzenden Herstellungs- und Verbreitungshandlungen, die im wesentlichen in Ländern vorgenommen werden, für die eine Verkehrsgeltung seitens der Kl. gar nicht behauptet ist. Außerdem könnte sich in Deutschland, solange der Geschmacksmusterschutz besteht, eine Verkehrsgeltung für den Gegenstand des Musterschutzes gar nicht bilden (vgl. Pinzger, Warenzeichenrecht, 2. Aufl., Anm. 2 Abs. 4 zu § 25 WZG., S. 235) und dieser Gegenstand, nicht etwa nur die Zahl 1924, soll ja nach der Darstellung der Kl. die Grundlage der Verkehrsgeltung in Indien bilden.

Aber das durch den Geschmacksmusterschutz nicht gedeckte Verbot des OLG. ist nach § 1 UnlWG. ohne weiteres gerechtfertigt, wenn man die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils zugrunde legt. Danach haben die Bekl. für ihre Vorhängeschlösser die Zahl 1934 nur gewählt, um die durch die sonstige Nachahmung des Schlosses der Kl. schon begründete Verwechselungsgefahr noch zu fördern. Darin liegt ein Verstoß gegen die guten Sitten des geschäftlichen Verkehrs, auch wenn für die Benutzung der Zahl 1924 ein Ausstattungsschutz der Kl. nicht besteht (vgl. RGZ. 140, 25 = JW. 1933, 2646 [9] [mit Anm.]). Würden nun die Bekl. dazu übergehen, an Stelle der Zahl 1934 eine andere Zahl zu verwenden, so könnte dadurch nicht viel geändert werden; jedenfalls würde dadurch die Verwechselungsgefahr nicht beseitigt und nach wie vor ein Verhalten betätigt, das gegen § 1 UnlWG. verstößt. Das OLG. hat daher mit Recht sein Verbot nicht auf die Verwendung der Zahl 1934 beschränkt, sondern zutreffend auf die Benutzung irgendeiner Zahl im Querausschnitt abgestellt. Unerheblich ist, daß bei anderen Schlössern schon früher die Benutzung von Zahlen im Querausschnitt üblich war. Denn in solchen Fällen war durch die anderweitige Gestaltung der Auflageplatte eine Verwechselung mit dem Vorhängeschloß der Kl. ausgeschlossen, zumal dabei auch die Verwendung von Zahlen, die der Zahl 1924 ähneln, gar nicht in Betracht kommt.

(RG., I. ZivSen., U. v. 14. April 1937, I 221/36.) [P.]
⟨= RGZ. 154, 321.⟩

*

19. RG. — § 1 GebrMustG. Auch die zweckmäßige Ausbildung einer an sich bekannten Vorrichtung zur Lösung einer Aufgabe, für die die Vorrichtung bisher noch nicht gebraucht wurde, kann den Gebrauchsmusterschutz rechtfertigen.

(RG., I. ZivSen., U. v. 27. Febr. 1937, I 220/36.) [P.]

Literaturrhebergesetz

**** 20. RG. — § 21 Nr. 3 LitUrhG. Ein Liederbuch kann auch dann seiner Beschaffenheit nach für den Gebrauch in Schulen bestimmt sein, wenn es nicht ausschließlich hierfür geeignet ist, sondern auch als Volksliederbuch benutzt werden kann. Im übrigen sind als objektive Merkmale der Zweckbestimmung anzusehen der Inhalt der Liedertexte und die Anpassung der ausgewählten Melodien an den Stimmumfang von Schülern.**

Im Verlag der Bekl. ist i. J. 1934 ein Liederbuch erschienen, dessen erste Auflage den Titel „Singkamerad, Liederbuch der deutschen Jugend“ führte und mit dem Vermerk „Herausgegeben von der Reichsamtsleitung des Nationalsozialistischen Lehrerbundes“ und „ministeriell genehmigt“ auf dem Titelblatt versehen war. Das Buch enthält in acht Gruppen über 300 Lieder, die teils einstimmig, teils mehrstimmig gesetzt sind. Die im Dez. 1934 erschienene 3. Aufl. führt den Titel „Singkamerad, Schulliederbuch der deutschen Jugend“. Auf der Rückseite des Titelblattes findet sich diesmal der Vermerk: „vom bayerischen Kultusministerium für den Schulgebrauch genehmigt und angelegentlich empfohlen“. In diesem Liederbuch sind 13 Lieder abgedruckt, die in den klagenden Verlagen vor dem erstmaligen Erscheinen des „Singkamerad“ erschienen waren und an denen den Klägerinnen im einzelnen die Urheberrechte zustehen. Der Abdruck im „Singkamerad“ ist ohne Genehmigung der einzelnen Kl. erfolgt, auch nicht nachgesucht, da der beklagte Verlag auf dem Standpunkt steht, daß eine Genehmigung nach § 21 Ziff. 3 LitUrhG. nicht erforderlich sei. Die Kl. bestreiten das, erblicken in dem Abdruck eine Urheberrechtsverletzung, bei drei Liedern auch durch Fortlassung der Quellenangabe, und haben mit der Klage Auskunft über den Umfang der Herstellung von Exemplaren des „Singkamerad“ sowie Zahlung von 0,01 RM für je ein Exemplar und Lied verlangt.

Das LG. hat die Klage abgewiesen. Dagegen hat das OLG. den Bekl. abändernd verurteilt, den Kl. zu 1, 4, 5 darüber Auskunft zu geben, wieviel Stück des „Singkamerad, Schulliederbuch der deutschen Jugend“ er in Verkehr gebracht hat. Das OLG. hat im übrigen die Berufung der Kl. zurückgewiesen, da der Tatbestand des § 21 Nr. 3 LitUrhG. bei allen beanstandeten Abdrucken vorliege. Die Verurteilung ist

erfolgt, weil die Verpflichtung zur Quellenangabe nach § 25 LitUrhG. in drei Fällen nicht beachtet sei.

Das RG. wies die Rev. der Kl. zurück.

In der Hauptsache ist die Klage in beiden Vorinstanzen abgewiesen worden, weil im Gegensatz zu der Ansicht der Kl. angenommen wurde, daß das Streitobjekt kein Schulliederbuch i. S. des § 21 Nr. 3 LitUrhG. sei. Der Rev. ist zuzugeben, daß das OLG. — in einem gewissen Gegensatz zu den Ausführungen des LG. — bei Prüfung der allein streitigen Frage, ob es sich um eine ihrer Beschaffenheit nach für den Schulunterricht bestimmte Sammlung handelt, etwas zu stark auf das subjektive Moment abgestellt hat, das für die Entscheidung nur von geringer Bedeutung ist, und daß es nicht ausreichend betont hat, daß es im wesentlichen auf die objektive Beschaffenheit des Sammelwerks ankommt. Mit Recht betont die Rev., daß für die Entscheidung, ob der Tatbestand des § 21 Nr. 3 LitUrhG. gegeben sei, die besondere Beschaffenheit der Sammlung, also die planmäßige Zusammenstellung nach pädagogischen Grundsätzen in erster Linie maßgebend ist.

Eine Prüfung dieser Voraussetzungen ist aber erst möglich, nachdem zu einer weiteren Frage grundsätzlich Stellung genommen ist, auf die die Rev. in der mündlichen Verhandlung mit besonderem Nachdruck hingewiesen hat. Unter Bezugnahme auf ein Urt. des KG. v. 3. Dez. 1936 (Ufita 1937 S. 186) hat die Rev. den Standpunkt vertreten, daß von einem Schulliederbuch i. S. des § 21 Nr. 3 LitUrhG. nur die Rede sein könne, wenn Beschaffenheit und Zweck des Werkes **ausschließlich** auf seinen Gebrauch in der Schule gerichtet seien. Denn bei einer Erweiterung des Gebrauchszwecks, über den Rahmen des Schulunterrichts hinaus, erweitere sich das Absatzgebiet eines Liederbuches in einem Maße, daß eine erhebliche, vom Gesetz nicht gewollte Beeinträchtigung der Rechte der betroffenen Urheber eintreten würde. So sehr dieser letztgenannte Gesichtspunkt Beachtung verdient, kann sich der Senat dieser von der Rev. verteidigten Ansicht des KG. doch nicht anschließen. Die neuere Entwicklung hat schon vor der nationalen Revolution dazu geführt, daß die Unterrichtsverwaltungen der deutschen Länder für die Auswahl der zu Lehrzwecken geeigneten Musikwerke andere Grundsätze aufgestellt haben, als früher maßgeblich waren (vgl. Marwitz-Möhring, Anm. 1 Abs. 2 zu § 21 LitUrhG.). Seitdem aber ist in der neueren Gesetzgebung immer schärfer der nationalsozialistische Grundsatz betont worden, daß die Belange des einzelnen Urhebers, trotz hoher Bewertung aller Leistungen des schöpferischen Menschen, da ihre Grenze finden müssen, wo sie mit den Belangen der Volksgesamtheit nicht mehr völlig in Einklang zu bringen sind. Dieser Grundsatz muß auch bei der Auslegung älterer Gesetze entscheidend sein. Deshalb ist auch für die Auslegung des § 21 Nr. 3 LitUrhG. maßgeblich, daß man heute nach den von der Reichsunterrichtsverwaltung aufgestellten Grundsätzen nicht mehr so scharf, wie früher vielleicht, zwischen Volksliederbüchern und Schulliederbüchern unterscheiden kann, weil der Inhalt von Volksliederbüchern in der Regel sich auch für die Aufnahme in Schulliederbücher eignet. Es gibt keinen absoluten Maßstab für diejenigen pädagogischen Grundsätze, die für die Auswahl des Inhalts von Schulliederbüchern maßgeblich wären; maßgeblich ist vielmehr die grundsätzliche Auffassung der Unterrichtsverwaltung. Wenn diese nicht mehr scharf zwischen Volks- und Schulliederbüchern unterscheidet, jedenfalls einen grundsätzlichen Unterschied nicht anerkennt, wie sich aus der Empfehlung des bayrischen Kultusministeriums an die Schulleiter hinsichtlich des streitigen Liederbuches ergibt, so kann auch die Rspr. nicht anerkennen, daß ein Schulliederbuch **ausschließlich** für den Gebrauch in den Schulen geeignet und seiner Beschaffenheit nach bestimmt sein müsse. Es muß genügen, wenn das Liederbuch so beschaffen ist, daß es **auch** für den Unterricht in Schulen bestimmt erscheint.

Prüft man unter diesem Gesichtspunkt das streitige Werk, so ist zuzugeben, daß es nach den tatsächlichen Feststellungen des OLG. beiden Zwecken, dem Volksgesang **und** dem Schulgesang seiner Beschaffenheit nach zu dienen geeignet ist. Nach genauer Prüfung seines Inhalts hat aber das OLG. festgestellt, daß das Werk auch die für den Schulgebrauch wesentlichen Eigenschaften besitzt, daß also die heute maßgeblichen pädagogischen Grundsätze nicht unbeachtet geblieben sind. Die Rüge der Rev., daß jeder objektive Maßstab bei den Erörterungen des angefochtenen Urt. fehle, ist deshalb auch ungerechtfertigt. Denn das OLG. betont ausdrücklich, daß es nach der heute herrschenden Auffassung nicht mehr darauf ankomme, ein Schulliederbuch so einzurichten, daß nach der Reihenfolge vom leichteren zum schwereren fortgeschritten wird, daß vielmehr die Auswahl dem Lehrer überlassen bleiben könne. Dem kann noch hinzugefügt werden, daß ein Schulliederbuch nicht zum Selbstunterricht bestimmt ist. Somit bleiben als objektive Merkmale nur der Inhalt der Liedertexte und die Anpassung der ausgewählten Melodien an den Stimmumfang von Schülern beachtlich. In beiden Richtungen hat das OLG. den Inhalt des „Singkamerad" geprüft, Anlaß zu Bedenken aber nicht finden können. Auch die Rev. bemängelt diese im wesentlichen auf unanfechtbaren tatsächlichen Feststellungen beruhenden Ausführungen nicht, die ersichtlich auch nicht durch Rechtsirrtum beeinflußt sind.

Nur als Bestätigung ihrer objektiven Feststellung haben beide Vorinstanzen darauf verwiesen, daß sowohl die Herausgeberschaft des NS.-Lehrerbundes wie auch die Genehmigung und Anerkennung des Werkes als Schulliederbuch durch das Bayrische Kultusministerium für die Richtigkeit der objektiv gefundenen Beschaffenheit des „Singkamerad" sprechen. Es wäre nicht richtig, die besondere Stellung der Herausgeber und der prüfenden Behörde allein für die Entsch. der Rechtsfrage als maßgeblich zu erachten. Beide Tatbestandsmomente sind aber nicht unbeachtlich, sondern durchaus geeignet, die sonst schon gefundene richterliche Überzeugung zu stützen, ja sogar bestehende Zweifel über die „Beschaffenheit" auszuräumen. Dann kann aber die Rev. keinen Erfolg haben, da ein Rechtsirrtum bei der Anwendung des § 21 Nr. 3 LitUrhG. nicht erkennbar ist.

(RG., I. ZivSen., U. v. 14. April 1937, I 165/36.) [P.]

Sonstiges Zivilrecht

21. RG. — § 843 BGB.; §§ 286, 287 ZPO.

Bei der Beurteilung der Minderung der Erwerbsfähigkeit darf Energieleistung nicht gefordert werden, die weit über das Durchschnittsmaß hinausgeht.

Die Beurteilung der zumutbaren Energieleistung ist Sache der Beweiswürdigung, nicht Frage der Beweislast.

Zutreffend geht das OLG. davon aus, daß es für die Bemessung der Geldrente nach § 843 Abs. 1 BGB. wesentlich darauf ankommt, wie der Kl. ohne die Verletzung in Zukunft seine Erwerbsfähigkeit ausgenutzt und welchen Erwerb er daraus nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge voraussichtlich gezogen haben würde. Das OLG. führt dann aus, der Kl. habe seine selbständige Praxis wegen erheblichen Verdienstrückgangs aufgegeben und würde auch keine Aussicht gehabt haben, nach dem Tode des Dentisten G. in L. eine eigene Praxis zu eröffnen. Der Kl. würde aber ohne den Unfall eine dauernde Stellung als Dentistenvertreter oder als angestellter Dentist voraussichtlich gefunden haben, wie er auch seither seinen Lebensunterhalt durch Vertretung von Dentisten verdient habe. Der Kl. sei nach dem Urteil des ärztlichen Sachverständigen in seiner Tätigkeit als Dentist auf $^1/_3$ in seiner Erwerbsfähigkeit herabgesetzt, weil der Dentist in seinem Berufe auf stehende Beschäftigung angewiesen sei und der Kl. infolge seines Fußleidens zu längerem Stehen nicht imstande sei. Die Benutzung eines fahrbahren Arbeitsstuhles ermögliche nur eine beschränkte Zahl von Behandlungen und könnte dem Kl. nur nützen, wenn er eine eigene Praxis hätte. Bei der Vergebung von Vertretungen und Angestelltenstellungen würden dem Kl. immer gesunde Berufsgenossen vorgezogen werden. Das BG. hat noch folgendes erwogen. Ein als Zeuge gehörter Zahnarzt übt seine Praxis aus, obgleich er schwer kriegsbeschädigt und seine Erwerbsbeschränkung zu 60 % anerkannt sei. Die Bekl. meine, der Kl. sei ebenso fähig, die Tätigkeit als Dentist voll auszuüben, wenn er nur genügend Willens-

kraft aufbieten würde. Dem halte der Kl. mit Recht entgegen, daß es sich um einen Ausnahmefall handle und daß die gleiche Energieleistung nicht von jedem Durchschnittsmenschen erwartet und gefordert werden müsse. Jedenfalls habe die Bekl. nicht dargetan, daß der Kl. hierzu fähig sei.

Es handelt sich hierbei nicht um die Frage der Beweislast, sondern um eine solche der Beweiswürdigung. Das BG. will eine starke Erwerbsbeschränkung des Kl. gerade in seiner Tätigkeit als Dentist auf Grund des ärztlichen Gutachtens annehmen und wägt das beiderseitige Vorbringen der Parteien hierzu gegeneinander ab. Der BerR. hält das Beispiel des Zeugen G. auf den Fall des Kl. nicht für anwendbar. Der abschließende Satz „Jedenfalls hat die Bekl. nicht dargetan, daß der Kl. hierzu fähig sei", soll nach dem Zusammenhang nur bedeuten, daß das eigene Urteil der Bekl. über die Fähigkeit des Kl. beim Mangel geeigneter Unterlagen nicht maßgeblich sei. Das BG. hält sich dabei im Rahmen seiner Aufgabe, den gesamten Inhalt der Verhandlungen und das Ergebnis der Beweisaufnahme frei zu würdigen (§ 286 ZPO.) und den Schaden nach § 287 ZPO. zu schätzen.

Die Rev. rügt weiter, das. BG. unterstelle, daß die Benutzung eines Arbeitsstuhles oder ähnlicher Gerätschaften dem Kl. die volle Berufstätigkeit wenigstens teilweise ermöglichen würde, wenn er eine eigene Praxis *hätte*. Nach dem Zusammenhang der Urteilsbegründung will das BG. mit den Worten zum Ausdruck bringen, daß es sich um einen unmöglichen Fall handle und daß der Kl. unfähig sei, in seiner körperlichen Behinderung eine eigene Praxis zu begründen.

(RG., VI. ZivSen., U. v. 8. April 1937, VI 388/36.) [C.]

*

22. RG. — §§ 823 Abs. 2, 831 BGB. Die Entlastungspflicht des streupflichtigen Grundstückseigentümers, der sich selbst um das Streuen nicht bekümmert, muß sich nach § 831 BGB. nicht nur auf den Hauswart, dem vertraglich die Ausführung des Streuens übertragen wird, sondern auch auf den Hausverwalter erstrecken, und zwar hinsichtlich der erforderlichen Anleitung für die Überwachung.

Die Kl. kam in B. *vor* dem Hause zu Fall, das der Erstbeklagten, einer OHG. in Liqu., gehört und dessen Hauswart die Zweitbeklagte ist. Sie erlitt einen komplizierten Bruch des rechten Unterarms und des Ellenbogenknochens. Sie verlangt von beiden Bekl. Schadensersatz mit der Behauptung, daß sie infolge der Verletzung ihren Beruf als Klavierlehrerin nicht mehr ausüben könne und daß der Unfall auf die schuldhafte Unterlassung des *Streuens bei Glätte* zurückzuführen sei. Sie macht mehrere Leistungsansprüche, einen Befreiungsanspruch und einen Feststellungsanspruch geltend. Bezüglich der Zweitbeklagten schwebt das Verfahren noch vor dem LG. Das BG. erklärte gegenüber der Erstbeklagten, der Hauseigentümerin — künftig Bekl. genannt —, die Ansprüche — abgesehen vom Feststellungsantrage — dem Grunde nach für gerechtfertigt und entsprach auch dem Feststellungsantrage. Gegen dieses Urteil richtet sich die Rev. der Bekl., jedoch ohne Erfolg.

Das BG. stellt fest, daß der Unfall sich zwischen 3/4 1 und 1 Uhr Mittags ereignet hat, daß seit dem um 6 Uhr vorgenommenen Streuen noch nicht wieder gestreut war, wiewohl das bei der damals herrschenden Glätte vorher erforderlich war, und daß der Unfall auf die Glätte des Bürgersteigs zurückzuführen ist. Die Rev. stellt nur in Abrede, daß die Bekl. als Hauseigentümerin ihre Aufsichtspflicht verletzt habe.

Das BG. geht davon aus, daß die Bekl. gegen ihre öffentlich-rechtliche Verpflichtung zum Streuen (vgl. hierzu *Ketterer*, „Die Streupflicht in Gesetzgebung und Rspr." S. 39), verstoßen hat (§ 823 Abs. 2 BGB.) und daß sie sich deshalb in vollem Umfang entlasten müsse. Wenn die Bekl. die Ausführung des Streuens der Hauswartsfrau übertragen habe, habe sie diese, auch wenn sie sich sonst als zuverlässig erwiesen habe, hinreichend beaufsichtigen müssen. Es reiche nicht aus, daß die Hauswartsfrau in dem mit ihr abgeschlossenen Vertrage das Streuen übernommen habe. Die Bekl. sei noch zu besonderer Vorsicht verpflichtet gewesen, weil sie eine in Liquidation befindliche OHG. sei, deren Liquidatoren sich in Wien und in der Tschechoslowakei aufhielten. Es könne deshalb auch nicht genügen, daß sie mit der Hausverwaltung Frau G. betraut habe, die früher für eine Firma 12 Häuser und seit dem 1. Jan. 1933 für einen anderen 2 Häuser verwaltet habe. Sie hätte dieser besonders strenge Anweisungen für die Überwachung des Streuens erteilen müssen. Seit dem 1. Mai 1934, dem Beginn der Verwaltertätigkeit der Frau G., habe bis zum Unfalltage (10. Jan. 1935) noch keine Winterglätte bestanden. Deshalb habe Frau G. einerseits bis dahin keine Gelegenheit gehabt, sich von der sorgfältigen Erfüllung der Streupflicht durch die Hauswartsfrau zu überzeugen; andererseits sei die Wetterlage während des ganzen Vormittags so gewesen, daß besondere Sorgfalt hinsichtlich der Streupflicht und der Beaufsichtigung ihrer Ausführung hätte beobachtet werden müssen. Zur Rede gestellt habe Frau G. die Hauswartsfrau erst nach dem Unfall. Bei ihrer bald nach dem Unfall erfolgten polizeilichen Vernehmung habe sich Frau G. lediglich darauf berufen, daß die von der Bekl. eingesetzte Hauswartsfrau vertraglich die Pflicht habe, bei Frost vor dem Grundstück den Bürgersteig vorschriftsmäßig zu bestreuen. Die Bekl. habe überhaupt nicht angeben können, was sie der Frau G. hinsichtlich der Beaufsichtigung aufgetragen habe. Für die Tätigkeit der Hauswartsfrau sei zu erwägen, daß Beauftragte, wenn der Hauseigentümer im Auslande sei, ihre Pflichten leicht vernachlässigen, wenn diese ihnen nicht besonders eingeschärft würden und sie nicht genügend überwacht würden.

Diese Ausführungen enthalten keinen Rechtsirrtum. Der Senat hält an seiner Rspr. fest (aus neuerer Zeit Urt. vom 8. Febr. 1934, VI 407/33: SeuffArch. 88 Nr. 106), daß die Entlastungspflicht des streupflichtigen Grundstückseigentümers, der sich selbst um das Streuen nicht bekümmert, sich nach § 831 BGB. nicht nur auf den Hauswart, dem vertraglich die Ausführung des Streuens übertragen wird, sondern auch auf den Hausverwalter erstrecken muß, und zwar hinsichtlich der erforderlichen Anleitung für die Überwachung. Die Rev. meint, daß für diesen Grundsatz im vorl. Fall kein Raum sei. Dem ist nicht beizutreten. (Wird ausgeführt.) Die Beleuchtung des Treppenhauses ist eine regelmäßig wiederkehrende Aufgabe, deren Erfüllung der Hausverwalter allerdings auch zu beaufsichtigen hat; bei der Ausübung des Streuens aber handelt es sich um eine unregelmäßig eintretende, ganz den Verhältnissen des einzelnen Falles anzupassende Tätigkeit, bei der es auf besondere Zuverlässigkeit des Ausführenden ankommt. Nachhaltige Anweisungen nach dieser Richtung sind zur Vermeidung von Gefahren für den Verkehr nicht zu entbehren. Deshalb erscheint es durchaus erforderlich, daß der Hauseigentümer, der die Erfüllung seiner eigenen rechtlichen Verpflichtung (Beaufsichtigung der Ausführung des Streuens) einem anderen überträgt, diesem auch einschärft, daß und in welcher Art diese Aufgabe zu erfüllen ist. In letzterer Beziehung können bei einzelnen Personen die Auffassungen über den Inhalt der Aufgaben verschieden sein. Deshalb ist ein Hinweis darauf auch keineswegs überflüssig. Es ist zu beachten, daß es sich bei dem Hausverwalter nicht nur um die Kenntnis der Aufgaben hinsichtlich des Streuens handelt, sondern auch darum, daß er von diesem Wissen den erforderlichen Gebrauch macht; und in dieser Beziehung ist Hinweisen seitens des Eigentümers oder des ihm rechtlich gleichstehenden in der Regel eine Wirkung nicht abzusprechen.

(RG., VI. ZivSen., U. v. 22. März 1937, VI 390/36.) [v. B.]

*

23. RG. — §§ 839, 249 ff. BGB.

„Schaden" des Gläubigers bei einer Rangverschlechterung seiner Hypothek durch Amtsversehen des Grundbuchbeamten.

Zur Bejahung eines gegenwärtigen Schadens genügt die Feststellung, daß infolge der Rangverschlechterung die vordem ganz entfernte Möglichkeit eines Ausfalls der Hypothek näher gerückt und damit die Befriedigung des Gläubigers gefährdet ist.

§ 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. macht den Schadensersatzanspruch des in seinem Rang verschlechterten Hypothekengläubigers nicht davon abhängig, daß der Gläubiger zuvor in der ungünstiger gewordenen Rangstellung die Fährnisse eines Zwangsversteigerungsverfahrens auf sich nimmt oder sich um einen

Verkauf der Hypothek bemüht, nachdem die Aussichten hierfür durch die Schuld des Beamten verringert worden sind.

Für die Rechtsvorgängerin der Kl. stand im Grundbuch von H. Abt. III Nr. 3 seit dem Jahre 1913 eine Darlehnshypothek von 2000 ℳ eingetragen. Diese Hypothek wurde im Dez. 1922, als sie nur noch einen Wert von 1,16 GM. hatte, an die Tochter der Grundstückseigentümerin, Frau W., abgetreten. Die Abtretung wurde im Grundbuch vermerkt. Im Dez. 1925 meldete die Kl. für sich als Rechtsnachfolgerin der früheren Gläubigerin den Anspruch auf Aufwertung von Hypothek und Forderung an (§ 17 AufwG.). Die Aufwertung auf 269,84 RM wurde im Dez. 1926 im Grundbuch eingetragen, ohne daß jedoch die Kl. als Gläubigerin dieser Aufwertungshypothek vermerkt und von der Eintragung benachrichtigt worden wäre. Erst im Jahre 1928 wurde in einem zur Klarstellung der Rangverhältnisse bestimmten Vermerk nachgetragen, daß es sich um eine der Kl. zustehende Aufwertungshypothek handele. Auf Grund des Gesetzes über die Vereinigung der Grundbücher v. 18. Juli 1930 (RGBl. I, 305) wurde später ein Verfahren zur Klarstellung der unübersichtlich gewordenen Rangverhältnisse eingeleitet (§ 24 des Ges.). Zu diesem Verfahren wurde, soweit es die Post Nr. 3 zur Höhe von 269,84 RM betraf, nur Frau W., nicht die Kl. zugezogen. Die Post erhielt auf dem neuen Grundbuchblatt die Stelle Nr. 3 im Rang nach zwei Hypotheken von zusammen 4750 RM. Als Gläubigerin wurde Frau W. eingetragen.

Im Jahre 1932 kam das belastete Grundstück zur Zwangsversteigerung. Da die Kl. in dem Grundbuch als Gläubigerin nicht mehr verzeichnet war, wurde ihr die Bestimmung des Versteigerungstermins nicht zugestellt; sie erhielt von diesem Termin auch auf andere Weise keine Kenntnis. Das Grundstück wurde im Febr. 1934 der Frau W. auf ihr Bargebot von 4200 RM zugeschlagen. Bestehen blieben außer der Aufwertungshypothek der Kl. die beiden ihr vorgehenden Hypotheken von zusammen 4750 RM und die im Range nachstehende Hypothek Nr. 4 von 2625 RM. Insgesamt betrug der Steigpreis also 11575 RM. Auf Bewilligung der Ersteherin wurden im April 1934 gleichzeitig die Aufwertungshypothek der Kl. gelöscht und für den Schlachtermeister B. eine neue Hypothek von 3000 GM. eingetragen. Von der Löschung ihrer Hypothek erfuhr die Kl. erst Ende des Jahres 1934, als sie rückständige Zinsen einklagen wollte.

Die von der Kl. an den beklagten Justizfiskus gestellte Ersatzforderung wurde von diesem abgelehnt. Die Kl. verklagte darauf Frau W. auf Zahlung des Hypothekenkapitals (269,84 RM) und der bis zum 31. März 1935 rückständigen Zinsen (51,22 RM). Gleichzeitig verkündete die Kl. dem Bekl. gerichtlich den Streit. Das AG. wies die Klage als unbegründet ab. Das Urteil wurde rechtskräftig.

In dem vorl. Rechtsstreit fordert die Kl. vom Bekl. nunmehr Schadensersatz durch Erstattung des Hypothekenkapitals (269,84 RM) und der Zinsen (51,22 RM) sowie der Kosten des voraufgegangenen Rechtsstreits mit Frau W. (132,30 RM), zusammen 453,36 RM nebst näher bezeichneten Zinsen von dieser Summe.

Die Kl. hat für den Fall ihres Obsiegens dem Bekl. die Abtretung ihrer etwa außerhalb des Grundbuchs bestehenden Hypothek angeboten.

Das LG. hat die Klage abgewiesen. Auf Berufung der Kl. hat das OLG. den Bekl. verurteilt, Zug um Zug gegen Abtretung der Aufwertungshypothek von 269,84 RM an die Kl. 332,30 RM nebst 4% Zinsen auf 132,30 RM seit dem 1. Dez. 1935 zu zahlen.

Nur der Bekl. hat Rev. eingelegt, jedoch ohne Erfolg.

Nach zutreffender und rechtlich einwandfrei begründeter Auffassung des BG. hat die dem schuldigen Grundbuchbeamten unstreitig zur Last fallende Amtspflichtverletzung selbst im weiteren Verlauf der Ereignisse nicht zum Untergang der Aufwertungshypothek geführt. Diese Hypothek besteht vielmehr, wenn auch außerhalb des Grundbuchs, heute noch fort und ihre Wiedereintragung könnte von der Kl. mit Hilfe der Grundbuchberichtigungsklage (§ 894 BGB.) gegenüber der Eigentümerin durchgesetzt werden. Einen Schaden der Kl. — und zwar einen gegenwärtig bereits eingetretenen, nicht einen erst künftig drohenden Schaden — findet das BG. aber in der ebenfalls rechtlich bedenkenfrei bejahten Rangverschlechterung der Hypothek, der heute in Abt. III des Grundbuchs Rechte zum Betrag von 7750 RM (statt wie früher 4750 RM) vorgehen. Infolge dieser Rangverschlechterung ist nach dem BU. die Sicherheit der Hypothek im Fall einer künftigen Zwangsversteigerung nicht mehr gewährleistet, aber auch der Verkehrswert der Hypothek gesunken. Das BG. nimmt nicht an, daß die Grundstückseigentümerin den neu eingetragenen Gläubiger B. zur Aufgabe seiner besseren Rangstellung zugunsten der Kl. würde bestimmen können. Es hält deshalb eine Herstellung des früheren Zustandes (§ 249 BGB.) nicht für möglich und erachtet den Bekl. folglich für verpflichtet, die Kl. in Geld zu entschädigen (§ 251 Abs. 1 BGB.). Die Höhe der Entschädigung bemißt das BG. nach dem auf 200 RM geschätzten Verkehrswert, den die Hypothek an ihrer alten Stelle gehabt hätte. Das BG. gibt der Kl. auch darin recht, daß sich ihr die Möglichkeit, auf andere Weise Ersatz zu erlangen, weder bei Klagerhebung dargeboten, noch daß sie eine früher bestehende Möglichkeit schuldhaft versäumt habe (§ 839 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Mit der Grundbuchberichtigungsklage sei der Kl. nicht gedient, weil sie zur Wiedereintragung der Hypothek an alter Rangstelle nicht führen könne. Ein Recht auf Schadloshaltung durch die Grundstückseigentümerin sei ihr in dem voraufgegangenen Rechtsstreit rechtskräftig aberkannt worden. Mit der Behauptung, daß der Rechtsstreit unrichtig entschieden oder von der Kl. — durch Nichteinlegung der Berufung — schlecht geführt worden sei, könne der Bekl. nicht gehört werden. Die Ersatzpflicht des Bekl. umfasse auch die Erstattung der Kosten, die der Kl. durch diesen Rechtsstreit entstanden seien. Denn die Anstrengung der Ersatzklage gegen die Grundstückseigentümerin sei eine natürliche, dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge entsprechende Folge des Amtsversehens. Die der Klage gegebene Begründung sei sachgemäß gewesen, übrigens der Kl. vom Bekl. selber nahegelegt worden.

Die Rev. bekämpft u. a. die Annahme, daß der Kl. schon jetzt ein Schaden entstanden sei.

Im Rechtssinne ist ein Schade dann gegenwärtig eingetreten, wenn infolge des schädlichen Ereignisses die zeitige Vermögenslage des Betroffenen, verglichen mit seinem früheren Vermögensstande, schlechter geworden ist (RGZ. 153, 101 [106] = JW. 1937, 815 [9]). Demgemäß kann, wie in der Rspr. des RG. anerkannt ist, bei einer Hypothek schon eine Rangverschlechterung einen Schaden des Gläubigers bedeuten (RGZ. 144, 80 = JW. 1934, 1564 [4] m. Anm. A, Anm. B 1934, 1904 [3]; HöchstRRspr. 1934 Nr. 1479; RGWarn. 1936, 179). Ein Schade wird solchenfalls stets dann anzunehmen sein, wenn die Rangverschlechterung die Befriedigung des Gläubigers aus dem belasteten Grundstück und den mithaftenden Gegenständen gefährdet (§ 1147 BGB.) oder, wenn sie, was freilich meist zusammentreffen wird, den Verkehrswert der Hypothek beeinträchtigt. Gerade dies aber hat das BG. mit eingehender, der Tatsachenwürdigung entnommener Begründung festgestellt und die hiergegen sich richtenden Ausführungen der Rev. schlagen nicht durch. Entgegen der Meinung der Rev. kommt es nicht darauf an, ob im Fall einer künftigen Zwangsversteigerung Befriedigung der Kl. auch bei schlechterem Rang ihrer Hypothek „im Bereich der Möglichkeit“ liegt. Denn nach dem BU. besteht hierfür keine hinreichende Wahrscheinlichkeit und zur Bejahung eines gegenwärtigen Schadens genügte schon die vom BG. getroffene Feststellung, daß infolge der Rangverschlechterung die vordem nur ganz entfernte Möglichkeit eines Ausfalls der Hypothek näher gerückt und damit die Befriedigung der Kl. gefährdet ist. Die nicht außer Betracht gelassene Möglichkeit, daß die Grundstückseigentümerin nach Kündigung der Aufwertungsforderung die Kl. ohne Zwang befriedigen werde (§ 1142 BGB., vgl. auch die VO. zur Regelung von Aufwertungsfälligkeiten v. 21. Dez. 1936 [RGBl. I, 1121]) bezeichnet das BG. als unsicher. Nach der von der Eigentümerin im Vorprozeß eingenommenen Haltung ist diese Auffassung nicht zu beanstanden. Davon abgesehen wäre mit der Verweisung auf den guten Willen des dinglichen Schuldners eine Wertverringerung der von ihm gestellten hypothekarischen Sicherheit nicht auszuschließen.

Das BG. hat der Hypothek an ihrer alten Rangstelle einen gewissen Verkehrswert beigemessen und diesen Wert in-

folge der Rangverschlechterung als gemindert erachtet. Die von der Rev. zugunsten des Bekl. verwertete Erfahrung mag dafür sprechen, daß für eine Aufwertungshypothek von so geringem Betrag, selbst wenn sie an ganz sicherer Stelle steht, ein Käufer sich nicht leicht finden lassen wird. Daß aber, namentlich bei einem vom BG. allein in Rechnung gestellten Verkauf unter dem Nennwert, solchen Hypotheken erfahrungsgemäß ein Verkehrswert überhaupt nicht beigemessen werden könne, ist der Rev. nicht zuzugeben. Die dem BU. zugrunde liegende Feststellung, daß die Hypothek der Kl. bei ihrem bisherigen Rang einen gewissen Verkehrswert gehabt habe und der Kl. ein Interesse an dessen Nutzbarmachung nicht abzusprechen gewesen sei, bindet deshalb das RevG. (§ 561 Abs. 2 ZPO.). Auch hier ist es belanglos, daß die Unmöglichkeit einer Verwertung der Hypothek nach der Rangverschlechterung im BU. nicht festgestellt ist; es genügt die Feststellung, daß die Möglichkeit der Verwertung durch die Rangverschlechterung beeinträchtigt worden ist.

Gegenüber der hiernach bedenkenfrei begründeten Annahme eines gegenwärtigen Schadens der Kl. versagt der von der Rev. der reichsgerichtlichen Rspr. entnommene Leitsatz, daß bei nur fahrlässigem Amtsversehen gegen den Beamten oder gegen die an seiner Stelle haftende öffentlich-rechtliche Körperschaft weder eine Leistungs- noch eine Feststellungsklage erhoben werden könne, solange nicht der vom Geschädigten erlittene Ausfall auch der Höhe nach feststehe. Die Rev. versteht darunter den Ausfall, den die Kl. nach Wiedereintragung der Hypothek an schlechterer Stelle bei einem Versuch der Befriedigung aus dem Grundstück etwa erleiden sollte. Sie bezieht den genannten Leitsatz also auf das Ergebnis des Unternehmens, das durch Amtsverschulden in seinem Wert verringerte Recht gegen den Verpflichteten geltend zu machen. Die von der Rev. angezogenen Entsch. (RGZ. 137, 20 = JW. 1932, 3256[9]; RGZ. 139, 343 [349] = JW. 1933, 1309[12] m. Anm.; RGZ. 145, 56 [68] = JW. 1934, 2543[4]; RG.: JW. 1935, 3533[5]) betreffen aber den Ausfall, den der Geschädigte bei dem Versuch erleidet, auf andere Weise Ersatz zu erlangen; sie dienen also der Auslegung des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. Diese Vorschrift ordnet den Fall, daß der Geschädigte Ersatz für den erlittenen Schaden von einem anderen als dem schuldigen Beamten zu erlangen vermag. Der andere muß gehalten sein, den angerichteten Schaden gegenwärtig (in dem im RGRKomm. Bem. 6 zu § 839 erläuterten Sinne) durch eine Ersatzleistung, die nicht notwendig auf Grund derselben oder überhaupt einer unerlaubten Handlung geschuldet zu sein braucht, wieder auszugleichen. Darum handelt es sich nicht, wenn, wie die Rev. es will, der Kl. zugemutet werden soll, mit der durch Amtsverschuldeten verursachten Rangverschlechterung als einer gegenwärtigen Vermögensbeschädigung sich abzufinden und zuzuwarten, ob in Zukunft ein nicht im voraus berechenbares Ereignis, nämlich ein günstig verlaufenes Zwangsversteigerungsverfahren oder ein vorteilhafter Verkauf der Hypothek, den angerichteten Schaden wieder ausgleichen wird. Die Vorschrift im § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. greift hier also nicht ein. Sie macht den Schadenersatzanspruch des in seinem Rang verschlechterten Hypothekengläubigers gegen den schuldigen Beamten oder das für ihn haftende Reich nicht davon abhängig, daß der Gläubiger zuvor in der ungünstiger gewordenen Rangstellung die Fährnisse eines Zwangsversteigerungsverfahrens auf sich nimmt oder sich um einen Verkauf der Hypothek müht, nachdem die Aussichten hierfür durch die Schuld des Beamten verringert worden sind. Eine in der einen oder anderen Richtung dem Gläubiger vorzuwerfende Nachlässigkeit wäre nur nach § 254 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2, nicht nach § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. rechtlich erheblich. Daß in diesen Beziehungen die Kl. etwas der Schadensabwendung oder -minderung Dienliches versäumt habe, hat der Bekl. nicht behauptet. Den Versuch eines Verkaufs der Hypothek hat er für aussichtslos erklärt und auch aus dem Nichtbetreiben der Zwangsversteigerung nicht den Vorwurf schuldhafter Säumnis gegen die Kl. erhoben. Gegenüber den Feststellungen des BG. über die Unsicherheit der Hypothek der Kl. an ihrer zeitigen Rangstelle würde einem solchen Vorwurf auch die Berechtigung fehlen.

Dagegen liegt auf dem Gebiet des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. die Rüge der Rev., daß der Kl. ein mit Erfolg zu verwirklichender Anspruch auf Wiedereintragung der Hypothek an der alten Rangstelle gegen die Eigentümerin, Frau W., zustehe. Träfe dies zu, so könnte die Kl. auf andere Weise Ersatz des nach Vorstehendem ihr bereits entstandenen Schadens erlangen und die gegen den Bekl. erhobene Klage wäre unbegründet.

Gegen die Feststellung des BG., daß die Herstellung des bisherigen Zustandes nicht möglich sei, ist aber mit Rechtsgründen nicht anzugehen. (Wird ausgeführt.)

§ 839 BGB. gibt (i. Verb. m. dem hier noch anzuwendenden § 12 GBO. a. F.) der geschädigten Kl. ein Recht auf Ersatz ihres nach Vorstehendem bereits entstandenen Schadens, und zwar ein Recht auf alsbaldigen Ersatz. Auf künftige, möglicherweise zu einem Ausgleich führende Ereignisse braucht sie sich nicht verweisen zu lassen (RGZ. 80, 252 [254] = JW. 1913, 38; RGZ. 90, 82 [85]; RG.: JW. 1935, 776[11]). Da nach Feststellung des BG. Herstellung des früheren Zustandes unmöglich ist, muß der Bekl. die Kl. in Geld entschädigen (§ 251 Abs. 1 BGB.). Die Höhe der Entschädigung hat das BG. nach dem Verkehrswert bemessen, den die Hypothek der Kl. an ihrer alten Rangstelle hatte. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die Schätzung dieses Wertes war Sache des hier nach § 287 ZPO. bei der Handhabung seines Ermessens frei gestellten Tatrichters.

Beizutreten ist weiter der Auffassung des BG., daß aus einer vordem etwa bestehenden Möglichkeit, von Frau W. Ersatz eines in Geld zu vergütenden Schadens zu erlangen, nichts gegen den Bestand des Klageanspruchs herzuleiten sei. Die Kl. ist mit ihrer dahin zielenden Klage gegen Frau W. rechtskräftig abgewiesen worden. Die im Vorprozeß an den Bekl. bewirkte Streitverkündung verwehrt es ihm, sich dahin zu verteidigen, daß die Kl. durch Nichtanfechtung des als unrichtig erkannten Urteils des LG. eine ihr sich darbietende Ersatzmöglichkeit schuldhaft ungenutzt gelassen habe (§§ 68, 74 ZPO.). Der durch fahrlässige Amtspflichtverletzung Geschädigte, der bei gerichtlicher Geltendmachung eines anderweit sich darbietenden Ersatzanspruchs abgewiesen wurde, ist im Fall rechtzeitiger Streitverkündung an den Amtshaftungsschuldner von der Pflicht zur Rechtfertigung seiner Prozeßführung bis an die Grenzen befreit, die im zweiten Halbsatz des § 68 ZPO. gezogen worden sind. Danach könnte der Bekl. mit der Behauptung, die Kl. habe den Vorprozeß mangelhaft geführt, nur dann gehört werden, wenn er durch die Lage des Rechtsstreits oder durch Erklärungen oder Handlungen der Kl. an deren Unterstützung gehindert worden wäre, oder wenn die Kl. absichtlich oder aus grobem Verschulden dem Bekl. unbekannte Angriffs- oder Verteidigungsmittel nicht vorgebracht hätte. Davon kann im Streitfall nicht die Rede sein.

Rechtlich bedenkenfrei ist endlich die Verurteilung des Bekl. zur Erstattung der Kosten des Vorprozesses. Die Kl. hat unstreitig die Vorklage erst erhoben, nachdem der Bekl. die Ablehnung des gegen ihn gerichteten Ersatzanspruchs u. a. auch mit der Verweisung auf eine Ersatzforderung gegen Frau W. begründet und deren Einklagung der Kl. nahegelegt hatte. Wie das BG. in Würdigung des Sachverhalts annimmt, hatte die Kl. aber auch abgesehen hiervon damals begründeten Anlaß, Frau W. für ersatzpflichtig zu halten. Danach bildete der vorausgegangene Rechtsstreit, aus dessen Anstrengung der Kl. kein Vorwurf zu machen ist, eine natürliche, dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge entsprechende Folge der Amtspflichtverletzung. Die durch ihn der Kl. erwachsenen Kosten gehören zu dem nach § 839 BGB. zu erstattenden Schaden (RGZ. 139, 193 [198] = JW. 1933, 1018[8] m. Anm.).

Die Ersatzpflicht des Bekl. führt dazu, daß der Kl. der Wert ihrer Hypothek, so wie er sich bei Fortbestand des alten Rangverhältnisses ergeben würde, vom Bekl. erstattet werden muß. Bei entsprechender Anwendung des § 255 BGB. ist die Kl. demgegenüber verpflichtet, die Hypothek dem Bekl. zu geeigneter Verwertung zu überlassen (RGWarn. 1909 Nr. 482; RG.: SeuffArch. 89, 132). Hierzu hat sie sich bereit erklärt, und das BG. hat die Verurteilung des Bekl. zur Ersatzleistung so gefaßt, daß er nur gegen Abtretung der Hypothek zu zahlen braucht. Damit ist den Belangen des Bekl. nach Recht und Billigkeit Genüge geschehen.

(RG., V. ZivSen., U. v. 24. März 1937, V 271/36.) [v. B.]

**** 24. RG. — Die Anwendung rein sachenrechtlicher Grundsätze darf auf dem Gebiete des privaten Versicherungsrechts, das in besonderem Maße von den Grundsätzen von Treu und Glauben beherrscht wird, nicht überspitzt werden; sie darf nicht zu Formalismus führen.**

Das BG. hatte folgende tatsächliche Feststellung getroffen: Bei der bekl. Versicherungsgesellschaft sei ein Deckungsstock gebildet gewesen (§ 59 AufwG.; §§ 56 ff. VersAufsG.). Er sei auf die Versicherungsgesellschaft K. durch einen besonderen Übernahmevertrag übergegangen, die ihrerseits sich verpflichtet habe, sämtliche Verpflichtungen der bekl. Versicherungsgesellschaft deren Versicherungsnehmern gegenüber zu erfüllen. Dieser Übernahmevertrag sei vom RAufsA. genehmigt worden. Das RG. sprach jedoch in einem von einem Versicherungsnehmer gegen die Bekl. anhängig gemachten Rechtsstreit aus, daß die Bekl. nach wie vor aus dem Versicherungsvertrage hafte, soweit es an der Genehmigung der Schuldübernahme durch den Versicherungsnehmer fehle. Daraufhin ist es bzgl. des Deckungsstockes so gehandhabt worden, „wie wenn er nie von der bekl. Versicherungsgesellschaft auf die Versicherungsgesellschaft K. übertragen worden wäre". Er ist also der Bekl. zurückübertragen worden, als sich herausstellte, daß sie ihren Versicherungsnehmern noch weiter hafte. Er ist in den Aufwertungsstock geflossen, und das Aufwertungsstockverfahren ist von Anfang an so durchgeführt worden, wie wenn der Prämienreservefonds bei der Bekl. geblieben wäre.

Aus dieser Feststellung hat das BG. gefolgert, daß die Voraussetzungen der gebundenen Aufwertung nach den Vorschriften von §§ 59 ff. AufwG. i. Verb. m. Art. 95 ff. der hierzu am 29. Nov. 1925 ergangenen DurchfVO. gegeben seien. Hiergegen wendet sich die Rev. des klagenden Versicherungsnehmers, nach dessen Ansicht die freie Aufwertung gem. § 242 BGB. Platz zu greifen habe. Das BG. geht nicht darauf ein, daß auch das RAufsA. für Privatversicherungen bereits rechtskräftig festgestellt habe, daß die bekl. Gesellschaft als eine unter Reichsaufsicht stehende Unternehmung anzusehen sei und diese Feststellung für die ordentlichen Gerichte bindend ist und damit aber auch Einwendungen außerhalb des im AufwG. und in der DurchfVO. geregelten Verfahrens gegen die Durchführung der Aufwertung ausgeschlossen sind.

Auf diese Rechtsfrage brauche nicht eingegangen zu werden; denn alle Voraussetzungen der gebundenen Aufwertung bei der Lebensversicherung seien nach den oben angeführten, tatsächlichen Feststellungen des BG. gegeben. Zweifelhaft sei nur, ob zur Zeit des Inkrafttretens des AufwG. der Deckungsstock bei der bekl. Versicherungsgesellschaft noch vorhanden gewesen ist, genauer, ob das, was das BG. hierüber festgestellt hat, dem gleichzustellen ist. Auch diese Frage sei mit dem Vorderrichter zu bejahen.

Selbst wenn man das noch Vorhandensein eines Deckungsstockes als Grundlage für die rechtliche Zulässigkeit des Aufstockungsverfahren und damit für die gebundene Aufwertung überhaupt ansehen wollte, so müßte auch dieses Erfordernis im vorl. Falle als erfüllt betrachtet werden. Beide Vorinstanzen haben mit Recht dem Art. 5 des vom RAufsA. genehmigten Übernahmevertrages und der ihm entsprechenden tatsächlichen Entwicklung der Dinge in dieser Hinsicht entscheidende Bedeutung beigelegt. Nachdem durch die Urteile des RG. v. 20. Nov. 1925 (RGZ. 112, 119 = JW. 1926, 1973 und v. 4. Okt. 1927 (VAufsAPrVers. 1928, 3) die Forthaftung der Bekl. gegenüber denjenigen Versicherungsnehmern, die nicht ausdrücklich der Übertragung ihrer Versicherungsverhältnisse auf die K. zugestimmt hatten, ausgesprochen worden war, hat die K. nach der — wie oben erwähnt prozessual nicht zu beanstandenden — Feststellung des BG. den Deckungsstock auf den inzwischen bei der Bekl. gebildeten Aufwertungsstock zurücküberführt. Da dies in Erfüllung des Befreiungsanspruchs geschehen ist, welcher der Bekl. gegen die K. zustand, kommt nichts darauf an, ob nicht der Bekl. — sei es aus sinngemäßer und nach Treu und Glauben erfolgender Vertragsauslegung, sei es auf Grund der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung oder aus anderen Gesichtspunkten — ein schuldrechtlicher Anspruch gegen die K. auf diese Rückübertragung zugestanden hat, was, wie es scheint, das BG. mit Unrecht, auch ohne Begründung seiner Ansicht, verneinen möchte. Die Anwendung rein sachenrechtlicher Grundsätze darf auf dem Gebiete des privaten Versicherungsrechts, das in besonderem Maße von den Grundsätzen von Treu und Glauben beherrscht wird, nicht überspitzt werden; sie darf nicht zu Formalismus führen. Denn der beherrschende Gedanke ist doch — auch von der Rechtsauffassung aus, die vom Kl. vertreten wird — der: die vom RAufsA. am 28. April 1922 erteilte Genehmigung zur Übertragung der von der Bekl. eingegangenen Versicherungsverhältnisse (mit gewissen Ausnahmen) auf die K. erfolgte selbstverständlich im Hinblick auf die Übernahme aller Verpflichtungen, die der Bekl. den Versicherungsnehmern gegenüber oblagen, durch die K. und in der Annahme, daß d i e s e r der Deckungsfonds der Bekl. zur Erfüllung der übernommenen Verpflichtungen zur Verfügung stehe. Dieser Übernahme der Verpflichtungen der Bekl. durch die K. im Innenverhältnis der beiden Versicherungsunternehmungen entsprach die in Art. 5 mit Art. 13 und 14 des Vertrages geregelte Verpflichtung der K., die Bekl. von Verbindlichkeiten aus den der K. übertragenen Versicherungsverhältnissen freizuhalten. Soweit nun eine Befreiung der Bekl. von ihren Verbindlichkeiten Versicherungsnehmern gegenüber nach jenen Urteilen des RG. nicht bewirkt werden konnte, war es klar, daß der Deckungsstock, der jenen Gläubigern zur Befriedigung gedient hätte, falls sie solche der K. hätten werden wollen, ihnen zur Befriedigung verbleiben mußte, wenn sie Gläubiger der Bekl. geblieben sind. Und so ist es nach den Feststellungen des BG. auch gehandhabt worden. Der Deckungsstock hat i. S. der Genehmigung des Übertragungsvertrages durch das RAufsA. nie aufgehört, ihrer Befriedigung zur Verfügung zu stehen. Die Rückübertragung jenes Stockes in Erfüllung des Befreiungsanspruchs darf nicht so angesehen werden, als hätte die Bekl. damit einen Deckungsstock erworben, den sie bis dahin nicht oder nicht mehr gehabt hätte.

(RG., VII. ZivSen., U. v. 6. April 1937, VII 269/36.) [N.]

⟨= RGZ. 154, 242.⟩

*

25. RG. — § 821 HGB.; § 58 ADS. Klassifikationsatteste haben für die Feststellung der Seetüchtigkeit eines Schiffes keine weitergehende Bedeutung als die eines vom Gericht nach seinem Wert zu würdigenden Beweismittels.

(RG., 1. ZivSen., U. v. 20. März 1937, I 202/36.) [P.]

*

**** 26. RG. — 1. Bei Streit der Hinterbliebenen über den Ort der Beisetzung ist der Wille des nach § 2 Abs. 3 FeuerbestattungsG. zunächst Berufenen als maßgeblich anzusehen.**

2. Der von der Rspr. von jeher aufgestellte Grundsatz, wonach die Umbettung einer einmal beigesetzten Leiche nur aus ganz besonderen Gründen verlangt werden kann, gilt auch dann, wenn es sich um das Verlangen nach Umbettung einer beigesetzten Aschenurne handelt.

I. Das BG. stellt an der Spitze seiner Urteilsgründe den Grundsatz auf, beim Tode eines Ehegatten habe der überlebende Ehegatte vor dessen Eltern und Geschwistern die Art und den Ort der Beisetzung zu bestimmen; dies gelte nur dann nicht, wenn der Verstorbene einen anderen Willen darüber ausdrücklich erklärt habe oder wenn ein anderer mutmaßlicher Wille desselben aus sonstigen Umständen klar und deutlich hervorgehe.

Rechtliche Bedenken sind gegen die vom BG. gewählte Fassung dieser Leitsätze nicht zu erheben. Der beherrschende Gedanke — an dem das RG. in ständiger Rspr. festgehalten hat (RGZ. 100, 172; 108, 220) und der in dem RGes. über die Feuerbestattung v. 15. Mai 1934 § 2 Abs. 1 jetzt auch seinen gesetzlichen Ausdruck gefunden hat — ist dabei der, daß für die Bestattungsart der Wille des Verstorbenen in erster Linie maßgebend ist. Das verkennt auch das BG. nicht, wenn auch bei seiner Formulierung dieser Grundgedanke des Bestattungsrechtes an die zweite Stelle verlegt ist und als Ausnahme von der Regel erscheinen könnte. Der Wille des Verstorbenen braucht, um seine maßgebliche Bedeutung zu bewähren, vom Verstorbenen nicht in einer bestimmten Form kundgegeben zu sein; beson-

ders ist die Einhaltung der Form einer letztwilligen Verfügung nicht erforderlich; es genügen ferner auch Tatsachen und Umstände, aus denen ein bestimmter Wille des Verstorbenen hinsichtlich seiner Bestattung mit Sicherheit gefolgert werden kann.

Wenn und soweit ein erkennbarer Wille des Verstorbenen hinsichtlich seiner Bestattung nicht vorliegt, tritt das Recht und die Pflicht der nächsten Angehörigen des Verstorbenen ein, über den Leichnam zu bestimmen, über die Art seiner Bestattung eine Entsch. zu treffen und die letzte Ruhestätte für ihn auszuwählen. Dieses Recht und diese Pflicht der Angehörigen an der Leiche des Verstorbenen ist eine Nachwirkung des familienrechtlichen Verhältnisses, das den Toten bei Lebzeiten mit den Überlebenden verbunden hat. Dieses Recht hat nichts zu tun mit der Frage, ob die Angehörigen die Erben des Verstorbenen geworden sind. Ebensowenig beruht dieses Bestimmungsrecht der Familienangehörigen darauf, daß sie die Kosten der Bestattung zu tragen haben. Der im BU. ausgesprochene Gedanke, daß derjenige, dem die Verpflichtung zur Tragung der Kosten der Bestattung obliegt, regelmäßig auch über Art und Ort der Bestattung zu befinden habe, kann in dieser Allgemeinheit nicht gebilligt werden. Es ergibt sich das aus dem von der Rev. angeführten Beispiel eines Vermächtnisses an die Wohngemeinde mit der Auflage, das Begräbnis auszurichten, woraus keineswegs ohne weiteres das Recht der Gemeinde abzuleiten ist, gegen den Willen der hinterbliebenen Familienangehörigen Ort und Art der Beisetzung zu bestimmen; ebenso ergibt ein Hinweis auf § 1713 Abs. 2 BGB. oder auf § 844 Abs. 1 BGB., daß die vom BG. aufgestellte Regel keinesfalls Allgemeingültigkeit beanspruchen kann (vgl. auch RGRKomm. § 1 Anm. 2). Der gegen diese Begründung des BG. erhobene Einwand der Rev. ist daher nicht ohne Berechtigung. Die tragende Begründung für die Rechtsauffassung des BG. ist jedoch diese Erwägung nicht. Die Auffassung des BG. von dem Bestimmungsrecht der Bekl. wird vielmehr, wie der an die Spitze gestellte Leitsatz ergibt, auf die zutreffende Erwägung gestützt, daß die Bekl. die dem Verstorbenen nächststehende Person seines Familienkreises ist. — Beim Vorhandensein mehrerer näherer Familienangehöriger des Verstorbenen ist schon die bisherige Rspr. zu dem Ergebnis gelangt, daß eine gewisse Rang- oder Reihenfolge unter ihnen festzusetzen ist, in der sie zur Entsch. über die Bestattungsart des Verstorbenen berufen sind; dabei hat sich die Rspr. an die Vorstellungen angeschlossen, die vom Herkommen und der bestehenden Sitte für die Nähe der familienrechtlichen Beziehung als maßgebend erachtet werden. Für die heutige Rspr. muß als richtungweisend angesehen werden die Regelung, die in dem RGes. über die Feuerbestattung v. 15. Mai 1934 § 2 Abs. 3 getroffen ist. Bei einer Meinungsverschiedenheit unter den Angehörigen darüber, ob Feuerbestattung oder Erdbestattung der Leiche erfolgen soll, wird hier die Reihenfolge, in der die Angehörigen die Bestimmung treffen können, geregelt. Der hier zum Ausdruck kommende Wille des Gesetzgebers, unabhängig von dem Verwandtschaftsgrad denjenigen bestimmen zu lassen, von dem die größere Rücksichtnahme auf die Gedankenwelt des Verstorbenen zu erwarten ist, muß auch auf andere Fälle von Meinungsverschiedenheit unter den Angehörigen übertragen werden. Daher ist auch beim Streit der Hinterbliebenen über den Ort der Beisetzung der Wille des nach § 2 Abs. 3 ReichsfeuerbestattungsG. zunächst Berufenen als maßgeblich anzusehen. Es kann also heute keinem Zweifel mehr unterliegen, daß der Wille des überlebenden Ehegatten hinsichtlich des Bestattungsortes des Verstorbenen dem Willen der Verwandten, insbes. auch dem der Eltern und Geschwister des Verstorbenen vorgeht.

Diese durch Sitte und Gesetz vorgesehene Auswahl und Reihenfolge der zur Bestimmung der Bestattungsweise Berufenen kann aber wiederum abgeändert und durchbrochen werden durch den Willen des Erblassers, dessen maßgebende Bedeutung der beherrschende Grundsatz des ganzen Bestattungsrechtes ist. So wie der Wille des Verstorbenen ausschlaggebend ist, soweit es sich um positive Anordnungen hinsichtlich der Art und des Ortes seiner Bestattung handelt, so kann dieser Wille sich auch negativ dahin auswirken, daß durch ihn einem durch Sitte oder Gesetz dazu an sich Berufenen das Bestimmungsrecht hinsichtlich der Bestattung entzogen wird. Auch hier muß einer ausdrücklichen Willenskundgabe des Verstorbenen gleichgestellt werden das Vorliegen von Tatsachen oder Umständen, aus denen auf einen solchen Willen des Verstorbenen, einen Angehörigen seiner Familie vom Bestimmungsrecht über seine Leiche auszuschließen, mit Sicherheit geschlossen werden kann.

Die Frage, ob im vorl. Fall Umstände vorhanden sind, die zu der Schlußfolgerung zwingen, daß der Verstorbene seine Ehefrau, die Bekl., von jedem Verfügungs- und Bestimmungsrecht über seine Leiche ausschließen wollte, bildet den eigentlichen Streitgegenstand des gegenwärtigen Prozesses, zu welchem das BG. in eingehender Weise Stellung genommen hat. (Wird näher dargelegt.)

Die sorgfältig begründeten Erwägungen des BG. liegen auf rein tatsächlichem Gebiet; ein erfolgreicher Revisionsangriff gegen diese Erwägungen und Feststellungen kann daher nicht erhoben werden.

Das Ergebnis, zu welchem das BG. gelangt, besteht darin, daß die Bekl. als die nächststehende Hinterbliebene des Verstorbenen und in Ermangelung einer entgegengesetzten Willenskundgebung desselben berechtigt war, allein und ohne Zustimmung der Kl. alle Anordnungen hinsichtlich der Art seiner Bestattung und hinsichtlich des Ortes der Beisetzung seiner irdischen Überreste zu treffen. Die Bekl. war daher nach der Auffassung des BG. berechtigt, nach der von ihr herbeigeführten Einäscherung der Leiche in X. auch gegen den Widerspruch der Kl. die Überführung der Urne mit der Asche nach ihrer Heimatstadt Y. zu veranlassen und die Urne auf dem dortigen Friedhof beisetzen zu lassen. Mit dieser rechtlich einwandfrei begründeten Auffassung des BG. war die Abweisung der von den Kl. erhobenen, auf Umbettung der Aschenurne nach dem Friedhof zu X. gerichteten Klage ohne weiteres gegeben.

II. Das BG. hat seine klageabweisende Entsch. noch mit einer zweiten Begründung versehen. Es führt aus, selbst wenn die Bekl. die Asche zu Unrecht nach Y. gebracht und dort beigesetzt haben sollte, so stehe trotzdem dem Verlangen der Kl. nach Umbettung die Pietät und die Achtung vor der Totenruhe entgegen; die erhobene Klage sei daher auch aus diesem Grunde abzuweisen.

Auch gegen diese Hilfsbegründung des BU. sind rechtliche Bedenken nicht zu erheben. Die Rev. bemängelt allerdings, daß gar nicht mit Sicherheit festgestellt sei, daß eine unterirdische Beisetzung der Aschenurne in Y. wirklich erfolgt sei, und knüpft daran den Einwand, daß von einer Störung der Totenruhe nur bei einer in einem Grabe beigesetzten Aschenurne die Rede sein könne; ja daß möglicherweise von einer Mißachtung der Totenruhe nicht einmal dann gesprochen werden könne, wenn die Aschenurne in einer leeren Grabstätte — in die, außer der Aschenurne noch kein Sarg mit einer Leiche versenkt war — beigesetzt worden sei. Was diese Revisionsrüge nach ihrer tatsächlichen Seite betrifft, so ist sie ungerechtfertigt. (Wird näher ausgeführt.) Die Frage, ob für Aschenreste eines Verstorbenen, die in einem leeren Grab beigesetzt sind, derselbe Anspruch auf Wahrung der Totenruhe geltend gemacht werden kann, wie bei einem bestatteten Leichnam, ist in der von der Rev. angeführten Entsch. des RG. v. 15. Mai 1925 (JW. 1925, 2125[14] = RGWarn. 1925 Nr. 203) unentschieden gelassen. Im Schrifttum ist im Anschluß an jene Entsch. schon damals entschieden die Meinung vertreten worden, daß Aschenresten eines Verstorbenen derselbe Anspruch auf ungestörte Ruhe zuzuerkennen sei, wie einer Leiche; und daß das zu gelten habe, gleichgültig, ob die Urne mit den Aschenresten in einem bereits besetzten Grab oder in einem leeren Grab beigesetzt ist, oder ob die Urne überhaupt nicht unter der Erde, sondern in einer Urnenhalle oder einem Urnenhain über der Erde beigesetzt ist (JW. 1925, 2125, Anm. zu Nr. 14). — Auch hier hat das RGes. über die Feuerbestattung v. 15. Mai 1934 jeden möglichen Zweifel beseitigt. In § 1 dieses Gesetzes wird ausgesprochen, daß die Feuerbestattung der Erdbestattung grundsätzlich gleichgestellt ist; in § 9 wird vorgeschrieben, daß die Aschenreste in einer Urnenhalle, einem Urnenhain oder in einem Grabe beizusetzen sind; und in § 10 Abs. 3 der DurchfVO. zu diesem Ges. v. 26. Juni 1934 (RGBl. I, 520) wird eine Aushändigung der Aschenreste an die Angehörigen für unzulässig erklärt. Einer unterschiedlichen Be-

handlung der Asche eines Verstorbenen und des Leichnams eines Verstorbenen ist also durch dieses Gesetz jeder Boden entzogen. Beide genießen den gleichen Anspruch auf pietätvolle Behandlung und auf Wahrung der Totenruhe (vgl. auch die amtliche Begründung zum ReichsfeuerbestattungsG. zu § 9). Der von der Rspr. von jeher aufgestellte Grundsatz, wonach die Umbettung einer einmal beigesetzten Leiche nur aus ganz besonderen Gründen verlangt werden kann (RGZ. 71, 22; 108, 220), ist also jetzt auch dann zur Anwendung zu bringen, wenn es sich um das Verlangen nach Umbettung einer beigesetzten Aschenurne handelt. Solche besonderen Gründe, die das Verlangen der Kl., daß die in Y. bereits beigesetzte Aschenurne wieder nach X. zurückgebracht und dort beigesetzt werde, rechtfertigen könnten, sind, wie das BG. darlegt, im vorl. Fall nicht vorhanden. (Wird näher ausgeführt.) Daher war die Abweisung der Klage auch aus diesem zweiten, vom BG. nur hilfsweise gebrachten Grunde gerechtfertigt.

(RG., IV. ZivSen., U. v. 5. April 1937, IV 18/37.) [Ba.]
<= RGZ. 154, 269.>

*

27. RG. — I. § 4 Gesetz über den Ausgleich bürgerlich-rechtlicher Ansprüche v. 13. Dez. 1934 (RGBl. I, 1235). Durch einen Bescheid des Reichs- und PrMdJ., dem Kl. werde „die Weiterverfolgung des geltend gemachten Anspruchs im Rechtswege überlassen", wird lediglich zum Ausdruck gebracht, daß das Ausgleichsgesetz nicht angewendet werden und auf Grund dieses Gesetzes keine Beschränkung des Rechtswegs eintreten soll. Die Frage, ob für den geltend gemachten Anspruch an sich der Rechtsweg zulässig ist, bleibt dadurch unberührt.

II. § 839 BGB.; Art. 131 WeimVerf. Wenn ein Beamter schuldhaft die „Anprangerung" eines Volksgenossen auf Grund unrichtiger Angaben veranlaßt, dann kann die Körperschaft, in deren Dienst der Beamte steht, zu Schadensersatz verpflichtet sein.

(RG., III. ZivSen., Urt. v. 22. Jan. 1937, III 152/36.) [Hn.]

*

**** 28. RG. — Art. 124 BayAusfG. z. BGB.; §§ 195, 852 BGB. Verjährung von Schadensersatzansprüchen der Gemeinden, die durch pflichtwidrige Handlungen ihrer Beamten geschädigt wurden. Nach preußischem Beamtenrecht gilt hinsichtlich aller Beamten bei Dienstpflichtverletzungen gegenüber Staat oder Gemeinden nur die allgemeine dreißigjährige Verjährung. In Bayern finden dagegen für die Staats- und Kommunalbeamten die Verjährungsvorschriften des § 852 BGB. entsprechende Anwendung. In dem Art. 124 BayAusfG. z. BGB. wird eine allgemeine Ausschlußfrist für öffentlich-rechtliche Ansprüche des Staates, einer Gemeinde oder eines anderen Kommunalverbandes „auf eine Geldzahlung" festgesetzt. Dieser bloße Geldzahlungsanspruch unterscheidet sich grundsätzlich von einem Schadensersatzanspruch.**

Der Kl. war früher Ortspfleger der Ortsgemeinde G. in Bayern, die inzwischen in der beklagten Gemeinde aufgegangen ist. Der Ortsausschuß von G. setzte sich im Jahre 1924 zusammen aus dem Kl., einem Adam M., einem Karl G. und einem Karl M. Letzterer war längere Zeit ortsabwesend. Während seiner Abwesenheit wurden die Geschäfte des Ortsausschusses von den übrigen Ausschußmitgliedern allein besorgt. Sie beschlossen im Frühjahr 1924 in einer Ortsausschußsitzung den Verkauf von Fichtenlangholz und setzten den Verkaufspreis dafür auf 110 % der Forsttaxe fest. Demnächst wurde der Kauf durch den Kl. als Ortspfleger mit dem Käufer abgeschlossen. Da die Holzpreise inzwischen gestiegen waren, gelang es dem Kl., einen höheren Kaufpreis, nämlich 130 % der Forsttaxe, zu erzielen. Den Kauferlös mit insgesamt 412 *RM* nahm der Kl. an Stelle des Ortskassierers selbst in Empfang, führte an die Gemeinde aber nur die beschlußmäßig festgesetzten 110 % der Forsttaxe (= 346,50 *RM*) ab und behielt die übrigen 65,50 *RM* für sich.

Ein im Jahre 1925 dieserhalb gegen den Kl. eingeleitetes Strafverfahren, in welchem außer dem Kl. auch die Ortsausschußmitglieder Adam M. und Karl G. vernommen wurden, wurde von der Staatsanwaltschaft eingestellt. Im Jahre 1933 wurde die Angelegenheit wieder aufgegriffen. Am 2. Okt. 1933 beschloß der Ortsausschuß G. auf Veranlassung der Aufsichtsbehörde von dem Kl. die Herauszahlung des Betrages von 65,50 *RM* nebst Zinsen zu verlangen. Der Kl. verweigerte jedoch die Zahlung.

Gemäß den Vorschriften der BayGemO. v. 17. Okt. 1927 erfolgte zur Frage der Haftbarkeit des Kl. ein Verfahren vor den Verwaltungsbehörden. Durch Beschl. v. 14. Okt. 1933 stellte zunächst das Bezirksamt fest, daß der Kl. verpflichtet sei, an die Ortschaft G. den fraglichen Mehrerlös zuzüglich der aufgelaufenen Zinsen mit insgesamt 129,69 *RM* zu zahlen. Auf Beschw. des Kl. hob die Regierung durch Bescheid vom 18. Dez. 1933 den vorerwähnten Beschluß auf und verneinte ihrerseits eine Haftpflicht, weil die Haftung nach Art. 124 BayAusfG. zum BGB. verjährt sei. Dieser Regierungsbescheid wurde aber durch eine Ministerialentschließung wieder aufgehoben. Die Regierung hat dann die Beschw. des Kl. gegen den Beschluß des Bezirksamts v. 14. Okt. 1933 verworfen; die Frage der Verjährung wurde nunmehr verneint.

Hiergegen wendet sich die vorl. Klage, die zunächst beim AG. erhoben, dann aber an das zuständige LG. verwiesen wurde. Der Antrag des Kl. geht dahin, den Beschluß des Bezirksamts v. 14. Okt. 1933 für wirkungslos zu erklären.

Das LG. hat dem Klageantrage stattgegeben, das OLG. hat die Berufung der Bekl. zurückgewiesen. Das RG. hat den Beschluß des Bezirksamts nur insoweit für wirkungslos erklärt, als er den Kl. für einen Betrag von m e h r als 65,50 *RM* nebst 4 % Zinsen usw. für zahlungspflichtig erklärte. Die durch die Klagerhebung beim AG. entstandenen besonderen Kosten hat das RG. dem Kl., die Kosten der RevInst. der Bekl. auferlegt. Im übrigen sind die Kosten erster und zweiter Instanz gegeneinander aufgehoben worden.

Die Rev. ist, soweit es sich um die öffentlich-rechtliche Beamtenhaftung handelt, ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes zulässig nach § 547 Nr. 2 ZPO., § 71 Abs. 3 GVG., Art. 26 Nr. 3 BayAusfG. z. GVG. Letztere Vorschrift (Art. 26 Nr. 3) gilt ausdrücklich für alle öffentlichen Beamten Bayerns, also auch für die Gemeindebeamten. Soweit die Rev. dagegen die Haftung des Kl. auch aus den bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über unerlaubte Handlungen und ungerechtfertigte Bereicherung unmittelbar hergeleitet wissen will, ist eine Nachprüfung des angefochtenen Urteils nicht zulässig, da die Revisionssumme nicht gegeben ist (vgl. RGZ. 130, 401 = JW. 1931, 3116; RGZ. 139, 280 = JW. 1933, 1192[14]; RGZ. 149, 168 = JW. 1936, 444[7] m. Anm.).

Mit Recht haben die Vorinstanzen den Rechtsweg für zulässig erachtet. Der Kl. greift mit seinem Klageantrag einen vollstreckbaren Beschluß der Aufsichtsbehörde an, durch den er als früherer Ortspfleger wegen einer Amtspflichtverletzung gemäß Art. 82 BayGemO. v. 17. Okt. 1927 (GVBl. 293) für schadensersatzpflichtig erklärt worden ist. Für eine solche Klage steht nach Art. 83 GemO. und § 34 BayAngleichVO. zur DGemO. v. 1. April 1935 (GVBl. 180) der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen. Die Klage ist auch rechtzeitig innerhalb der gesetzten Anschlußfrist von einem Jahre erhoben und, wie nicht streitig ist, gegen die richtige Bekl. gerichtet.

Beide Vorinst. haben nach dem Klageantrage erkannt. Sie stellen zunächst — insoweit ohne Rechtsirrtum — übereinstimmend fest, der Kl. habe durch die Nichtabführung des bei dem Holzverkauf erzielten Mehrerlöses „mindestens grobfahrlässig" seine Amtspflicht verletzt. Sie verneinen dann aber beide eine Schadensersatzpflicht deshalb, weil die Bekl. durch Art. 124 BayAusfG. z. BGB. mit ihren Ersatzansprüchen wegen Ablaufs der dort gesetzten Dreijahresfrist ausgeschlossen sei.

Die Rev. greift das BU. zunächst deshalb an, weil die Anwendung des Art. 124 BayAusfG. z. BGB. auf einem Rechtsirrtum beruhe. Diese Rüge muß als begründet anerkannt werden. In dem Art. 124 wird eine allgemeine Ausschlußfrist für öffentlich-rechtliche Ansprüche des Staates, einer Gemeinde oder eines anderen Kommunalverbandes „auf eine Geldzahlung" festgesetzt. Von vornherein unterscheidet sich aber ein Schadens-

ersatzanspruch (vgl. § 249 BGB.) grundsätzlich von einem bloßen Geldzahlungsanspruch, wenn auch zuzugeben ist, daß Schadensersatzansprüche aus Amtspflichtverletzungen eines Beamten letzten Endes nur einen Anspruch auf Schadensersatz in Geld ergeben können (vgl. RGZ. 150, 140 = JW. 1936, 1593[1] m. Anm.). Hätte sich der Art. 124 aber ohne weiteres auch auf alle Schadensersatzansprüche aus Amtspflichtverletzungen beziehen sollen, so würde das doch wohl in der Fassung des Gesetzes klar zum Ausdruck gekommen sein. Die Rspr. hat, soviel ersichtlich, den Art. 124 bisher auf solche Schadensersatzansprüche nie angewendet. Die führenden Erläuterungsbücher zum BayAusfG. z. BGB. beziehen denn auch derartige Ansprüche nicht darunter, wollen den Art. 124 vielmehr lediglich angewendet wissen auf Ansprüche des bayrischen Staates auf Rückstände oder auf Nachholung öffentlicher Abgaben, ferner auf Ansprüche der Gemeinden aus Umlagen, öffentlichen Verbrauchssteuern und örtlichen Abgaben, sowie auf Ansprüche der Bezirke und Kreise aus Bezirks- und Kreisumlagen (vgl. u. a. *Henle-Schneider*, „Die BayAusfG. z. BGB.", 3. Aufl., S. 197, Anm. 1 zu Art. 124; desgl. *Steinert*, „Das BayAusfG. z. BGB.", S. 105, Anm. 1 zu Art. 124). Eine solche Beschränkung des Art. 124 auf Steuern, Abgaben und Gebühren nebst Kosten entspricht auch dem, was die Motive zu dieser Gesetzesbestimmung ergeben. Danach sollte sich die in Art. 124 getroffene Regelung (im Entwurf Art. 112) an den § 32 FinanzG. vom Jahre 1831 anschließen, der auch nur von „Rückständen an Staatsgefällen und anderen an die Staatskassen geschuldeten Zahlungen" spricht (vgl. Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten des bayrischen Landtags im Jahre 1895/99, Beil. Bd. 20 Abt. I S. 60 und Beil. Bd. 20 Abt. II S. 242 ff. sowie § 32 Ges. v. 28. Dez. 1831 [GBl. 121]). Von Schadensersatzansprüchen der hier fraglichen Art ist in den Motiven nirgends die Rede. Vielleicht wird die Vorschrift des Art. 124 auf öffentlich-rechtliche Schadensersatzansprüche aus Amtspflichtverletzungen *dann, aber auch erst dann*, Anwendung zu finden haben, wenn solche Ansprüche gegen bayrische Staatsbeamte gemäß Art. 179 BayBeamtG., gegen bayrische Gemeindebeamte gemäß Art. 82 BayGemO. und § 33 BayAngleichVO. zur DGemO. durch Beschluß der zuständigen Behörde ziffernmäßig festgestellt worden sind, weil sie damit zu öffentlich-rechtlichen Ansprüchen auf eine Geldzahlung werden. Einer Entsch. hierüber bedarf es hier aber nicht, da es vorliegend nur um die Frage geht, ob der ursprüngliche Schadensersatzanspruch bereits *vor* der Einleitung des verwaltungsbehördlichen Feststellungsverfahrens verjährt oder erloschen war. Dabei konnte der Art. 124 nicht zur Anwendung kommen.

Muß somit der Art. 124 ausscheiden, so fragt sich, ob auf Grund sonstiger Vorschriften die Einrede der Verjährung durchgreift. Zu entscheiden ist die Frage gemäß Art. 80 EGBGB. nach bayrischem Landesrecht, wobei allerdings ergänzend allgemeine Rechtsgedanken oder auch die Bestimmungen des BGB. zur Anwendung kommen können. An einer ausdrücklichen Vorschrift über die Verjährung von Schadensersatzansprüchen der Gemeinden, die durch pflichtwidrige Handlungen ihrer Beamten geschädigt wurden, fehlt es nun sowohl in der BayGemO., als auch sonst. Es ergibt sich deshalb die Frage, *ob ergänzend die allgemeine dreißigjährige Verjährung aus § 195 BGB. oder etwa die abgekürzte Verjährung für Ansprüche aus unerlaubten Handlungen (§ 852 BGB.)* Platz greifen muß. Nach *preußischem* Beamtenrecht gilt hinsichtlich aller Beamten bei Dienstpflichtverletzungen gegenüber Staat oder Gemeinden nur die allgemeine dreißigjährige Verjährung (s. Urt. des IV. ZivSen. v. 24. Febr. 1927, IV 574/26: Gruch. 69, 488 [491] und JW. 1927, 1249; vgl. auch *Brand*, „Das Beamtenrecht", 3. Aufl., § 170 Nr. 5 und § 183). In *Bayern* ist die Regelung zum mindesten hinsichtlich der unmittelbaren Staatsbeamten anders. Das BayBeamtG. v. 16. Aug. 1908 (GVBl. 581) gibt in seinem Art. 13 klare Vorschriften über die Haftung der Beamten gegenüber dem Staat aus schuldhafter Amtspflichtverletzung. Bzgl. der Verjährung ist in Abs. 3 des Art. 13 bestimmt: „Der Anspruch des Staates auf Schadensersatz verjährt in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem eine zur Geltendmachung des Anspruchs zuständige Behörde von dem Schaden und der Person des ersatzpflichtigen Beamten Kenntnis erlangt hat, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in dreißig Jahren von der Begehung der Handlung an. Besteht der Schaden darin, daß der Staat wegen einer durch eine Amtspflichtverletzung erfolgten Schädigung eines Dritten diesem Ersatz leisten muß, so beginnt die dreijährige Verjährungsfrist mit dem Zeitpunkt, in dem die Ersatzpflicht des Staates dem Beschädigten gegenüber anerkannt oder rechtskräftig festgestellt ist." — Diese Regelung der Verjährungsfrage entspricht ganz den in § 852 Abs. 1 BGB. und Art. 60 Abs. 4 S. 2 BayAusfG. z. BGB. gegebenen Verjährungsvorschriften. Außerdem hat das Staatsbeamtengesetz dann auch noch den § 852 Abs. 2 BGB. ausdrücklich für entsprechend anwendbar erklärt (Art. 13 Abs. 2). Der genannte Art. 60 BayAusfG. zum BGB. regelt die Haftung des Staates und der Kommunalverbände für Amtspflichtverletzungen ihrer Beamten insofern, als dadurch Dritte geschädigt worden sind. Der Abs. 4 des Artikels hat durch Art. 226 BeamtG. eine auf Beamte der Kommunalverbände sich beschränkende Fassung erhalten, nachdem die Haftung der Staatsbeamten in Art. 13 BeamtG. erschöpfend geregelt war. Es muß nun angenommen werden, daß das BeamtG. mit seinen Beamtenhaftungsvorschriften nicht etwas grundsätzlich Neues hat schaffen wollen, sondern daß es bei dem Mangel bestimmter und einheitlicher Vorschriften über die vermögensrechtliche Haftung der Beamten gegenüber dem Staate (vgl. *Sutner*, „BayBeamtG.", S. 18) nur das hat festlegen wollen, was als allgemeiner Grundsatz im bayrischen Beamtendienstrecht bereits Geltung erlangt hatte. Es ist deshalb anzunehmen, daß im bayrischen Beamtenrecht auch sonst schon nicht der Grundsatz der allgemeinen dreißigjährigen Verjährung, sondern der einer verkürzten Verjährung galt, wie sie der Verjährungsvorschrift des § 852 BGB. für Ansprüche auf Ersatz eines aus einer unerlaubten Handlung entstandenen Schadens entspricht. Darauf mag auch die dreijährige Ausschlußfrist des erörterten Art. 124 AusfG. z. BGB. hindeuten. Ist dem aber so, dann muß *diese Verjährung auch den Kommunalbeamten gegenüber gelten.* Schließlich ist auch kein Grund ersichtlich, warum die Gemeindebeamten in Bayern hinsichtlich einer Verjährung wesentlich schlechter gestellt sein sollten als die Staatsbeamten. Die Verjährungsvorschriften des § 852 BGB. müssen deshalb auch bei ihnen entsprechende Anwendung finden.

Zweifelhaft kann dann sein, ob die Verjährung hier schon im Jahre 1925 zu laufen begonnen hat. Bei entsprechender Anwendung des Art. 13 Abs. 3 BeamtG. kommt es darauf an, wann die zur Geltendmachung des Schadensersatzanspruches zuständige Gemeindebehörde von dem Schaden und der Person des ersatzpflichtigen Beamten Kenntnis erlangt hat. Nach Art. 153 Abs. 4 u. 5 der im Jahre 1925 noch geltenden GemO. v. 29. April 1869 (BayGBl. 1866/69, 865) kam es hier auf die Kenntnis des Ortsausschusses an, der an sich aus dem Kl. als damaligem Ortspfleger und den drei Ausschußmitgliedern bestand. Das Ausschußmitglied Karl M. war, wie festgestellt, jahrelang ortsabwesend und hat damals nie mit amtiert. Die Nichtkenntnis dieses Mitgliedes hat das BG. deshalb mit Recht für unerheblich erklärt. Der Kl. selbst kann als derjenige, gegen den sich der Schadensersatzanspruch richtet, selbstverständlich nicht in Betracht kommen. Es bleiben also nur die übrigen beiden Ausschußmitglieder, von denen das an Lebensjahren älteste Mitglied nach Art. 153 Abs. 5 S. 2 der alten GemO. zugleich der gesetzmäßige Vertreter des verhinderten Ortspflegers war. Unter diesen Umständen kommt es für den Beginn der Verjährung darauf an, wann die beiden amtierenden Ausschußmitglieder von dem entstandenen Schaden und der Person des Schädigers Kenntnis erlangt hatten. Das war nach den tatsächlichen Feststellungen des BG. im Jahre 1925 der Fall. Eine Kenntnisnahme in offizieller Sitzung war nicht erforderlich. Danach war die Verjährung aber zu der Zeit, als die Angelegenheit bei der Aufsichtsbehörde im Jahre 1933 anhängig wurde, bereits vollendet.

Die entsprechende Anwendung des § 852 BGB. läßt dann der Bekl. noch die Möglichkeit, gemäß Abs. 2 dieser Gesetzes-

bestimmung den Bereicherungsanspruch geltend zu machen. Danach ist der Kl. verpflichtet, dasjenige, was er durch die Amtspflichtverletzung auf Kosten der Gemeinde erlangt hat, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung an die Gemeinde, d. h. jetzt an die Bekl. als ihre Rechtsnachfolgerin, herauszugeben. Erlangt auf Kosten der Gemeinde hat der Kl. aber nur den Mehrerlös aus dem Holzverkauf mit 65,50 RM, den er seinerzeit in die eigene Tasche gesteckt hat. Der Zinsbetrag von 64,19 RM, für den er in dem Beschluß des Bezirksamts v. 14. Okt. 1933 auch für haftbar erklärt worden ist, stellt keine Bereicherung dar. Daß eine Bereicherung bzgl. der 65,50 RM nicht mehr gegeben sei (§ 818 Abs. 3 BGB.), hat der Kl. in den Vorinst., in denen über den Bereicherungsanspruch bereits verhandelt ist, selbst nicht behauptet. Den Betrag von 65,50 RM hat der Kl. aus dem Gesichtspunkt des Verzugs mit 4% zu verzinsen (§ 288 BGB. entspr.). In Verzug gesetzt ist der Kl., wie nicht streitig ist, durch das ihm am 14. Sept. 1933 zugestellte Schreiben der Gemeinde, das ihn zur Zahlung aufforderte.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 276 Abs. 3, 92 Abs. 1 und 97 Abs. 1 und 3 ZPO. Hierzu ist noch folgendes zu sagen: Die Vorschrift des § 97 Abs. 3 ZPO. ergibt, daß, soweit die Streitsache sonst wegen des geringen Streitwertes vor das AG. gekommen wäre, die Kosten der RevInst., deren Inanspruchnahme im öffentlichen Interesse durch Sondervorschriften (§ 547 Nr. 2 ZPO., § 71 Abs. 2 und 3 GVG.) ermöglicht ist, unbedingt auch im Falle des Obsiegens vom Fiskus zu tragen sind. Da nun die Sondervorschriften über die ausschließliche Zuständigkeit des LG. allgemein auch auf Kommunalbeamte angewendet werden, und zwar auch dann, wenn die Zuständigkeitsvorschrift nur von Staatsbeamten spricht (vgl. RGZ. 152, 3/4 = JW. 1936, 3541 [9]), so erscheint es geboten, die Kostenvorschrift des § 97 Abs. 3 auch den Kommunalverbänden gegenüber anzuwenden, wenn es sich in dem Rechtsstreit um einen ihrer Beamten handelt und die Rev. von ihrer Seite eingelegt worden ist.

(RG., III. ZivSen., U. v. 12. März 1937, III 168/36.) [v. B.] ⟨= RGZ. 154, 257.⟩

Reichsfinanzhof

[✕ Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt]

✕ **29.** § 249 RAbgO. Wenn ein FinA. ein Postschließfach unterhält, kann Nachsicht gewährt werden, wenn eine Rechtsmittelschrift (oder z. B. der Empfangsschein bei einer Einschreibesendung) so rechtzeitig in das Postschließfach gelangt, daß sie vor Schluß der Postdienststunden vom FinA. noch hätte in Empfang genommen werden können. †)

Streitig ist, ob der BeschwF. Nachsicht wegen Versäumung der Berufungsfrist zu gewähren ist. Die Frist zur Einlegung der Berufung lief am 17. Sept. 1936 ab. Tatsächlich ging die Berufungsschrift erst am 18. Sept. 1936, also verspätet, bei dem FinA. ein. Nach den Akten ist die Berufungseinlegung folgendermaßen vor sich gegangen: Der Vertreter der BeschwF., ein Rechtsanwalt, diktierte die Berufungsschrift am 15. Sept. in das Stenogramm und ordnete Abgang der Berufungsschrift als „Einschreibebrief" an. Der Einschreibebrief wurde aus nicht mehr aufzuklärenden Umständen von dem sonst, nach Angabe des Rechtsanwalts, zuverlässigen Büropersonal — es handelt sich um eine Anwaltsgemeinschaft von drei Rechtsanwälten — weder am 15. noch am 16. Sept. zur Post gebracht. An beiden Tagen waren nach einer Vereinbarung sämtlicher Rechtsanwälte in T. die Büros nachmittags geschlossen. Erst am 17. Sept. — Tag des Ablaufs der Frist — wurde der Brief dem Postamt in T. vormittags zwischen 8 und 9 Uhr zur Beförderung an das FinA. in L. übergeben. Das FinA. hat ein Postschließfach und holt seine Postsachen dreimal täglich beim Postamt ab, morgens um 7 1/2 und um 10, nachmittags um 15 1/2 Uhr. Erst am 18. Sept. 1936 befand sich der Empfangsschein über den Einschreibebrief bei den vom FinA. morgens um 7 1/2 Uhr abgeholten Postsachen. Die Stunde des Eingangs des Einschreibebriefs bei dem Postamt läßt sich nicht mehr feststellen, weil der Briefumschlag sich nicht bei den Akten befindet. Nachdem der Empfangsschein von dem auf dem FinA. hiermit beauftragten Beamten vollzogen und in das Posteinlieferungsbuch eingetragen war, wurde der Einschreibebrief dem FinA. am 18. Sept. vormittags zwischen 11 und 12 Uhr ausgehändigt. Von T. nach L. — 1 Stunde Bahnfahrt — gehen täglich mehrere Postzüge, morgens, mittags und abends.

Das FinGer. hat die Berufung als unzulässig verworfen. Nach seiner Auffassung wäre es Pflicht des die Sache bearbeitenden Rechtsanwalts gewesen, für einen früheren Abgang der Einschreibesendung Sorge zu tragen und den erfolgten Abgang persönlich zu überwachen. Wegen der Verpflichtung des Anwalts zu erhöhter Sorgfalt in derartigen Fällen verwies es auf eine Entsch. des RG. Es versagte Nachsichtgewährung, weil die Versäumung der Rechtsmittelfrist nicht auf einem unabwendbaren Zufall beruhe. Gegen die Entsch. des FinGer. hat die BeschwF. RBeschw. eingelegt.

Die RBeschw. ist begründet.

Nach § 86 RAbgO. kann Nachsicht wegen Versäumung einer Rechtsmittelfrist dem gewährt werden, der ohne sein Verschulden verhindert war, die Frist einzuhalten. Auf die Gründe der Verzögerung der Briefabsendung auf dem Rechtsanwaltsbüro braucht nicht näher eingegangen zu werden. Denn wenn sich dort auch ein Versehen zugetragen hat, hätte der Brief doch noch rechtzeitig bei dem FinA. sein können. Bei einer Entfernung von 1 Stunde Bahnfahrt und mehrmaliger Postzugverbindung zwischen T. und L. mußte normalerweise ein Brief, der morgens zwischen 8 und 9 Uhr in T. aufgegeben war, noch am gleichen Tage in die Hände des FinA. gelangen. Daß der Brief bzw. der Empfangsschein erst am 18. Sept. morgens um 7 1/2 Uhr im Postschließfach des FinA. vorgefunden wurde, ist wahrscheinlich darauf zurückzuführen, daß das FinA. letztmalig seine Postsachen schon nachmittags um 15 1/2 Uhr abholt. Hiermit brauchte der die BeschwF. vertretende Rechtsanwalt nicht zu rechnen. Es kommt nicht darauf an, wie das FinGer. ausführt, ob die Versäumung der Frist auf einem unabwendbaren Zufall beruht (so: ZPO. § 233 Abs. 1 bei der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand); maßgebend für die Prüfung der Nachsichtgewährung ist nach § 86 RAbgO. vielmehr nur, ob jemand ohne sein Verschulden verhindert war, eine Frist einzuhalten. Die Vorenischeidung mußte daher aufgehoben werden wegen unrichtiger Auslegung des § 86 a. a. O. Nach dem geschilderten Sachverhalt war Nachsicht zu gewähren. Unter diesen Umständen erübrigte sich eine Prüfung der Frage, ob das FinA. nicht bereits mit dem Einwurf des Empfangsscheins in sein Postschließfach die Verfügungsmöglichkeit über die Berufungsschrift erhalten hat. Bei Bejahung dieser Frage wäre die Berufung noch als am 17. Sept., also rechtzeitig, beim FinA. eingegangen anzusehen.

Das FinGer. wird nunmehr in eine sachliche Prüfung eintreten müssen.

(RFH., 3. Sen., Urt. v. 11. Febr. 1937, III A 19/37 S.)

Anmerkung: 1. Gemäß § 86 RAbgO. kann Nachsicht wegen Versäumung einer Rechtsmittelfrist beantragen, wer ohne sein Verschulden verhindert war, die Frist einzuhalten. Das Verschulden eines gesetzlichen Vertreters oder eines Bevollmächtigten steht dem eigenen Verschulden gleich.

Die Nachsichtgewährung auf dem Gebiete des Steuerrechts entspricht zwar dem Grundgedanken der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Zivilprozeß- und Strafprozeßrecht, jedoch sind die Voraussetzungen verschiedenartig geregelt. Während § 86 RAbgO. schuldlose Versäumung einer Rechtsmittelfrist voraussetzt, verlangt z. B. § 233 ZPO. Verhinderung durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle.

2. Der RFH. hat wiederholt sich mit der Nachsichtgewährung wegen Versäumung einer Rechtsmittelfrist befassen müs-

sen. Der 6. Sen. hat unter Aufgabe seiner früheren Rspr. (vgl. RFH. 24, 31) durch Urt. v. 30. Sept. 1936 (VI A 762/36: RStBl. 1936, 994 = JW. 1936, 3599[71]) die Rechtsmittelfrist bereits dann als gewahrt bezeichnet, wenn die Rechtsmittelschrift bis zum Ablauf des letzten Tages der Frist in den Briefkasten des FinA. eingeworfen wurde. Es hat dem StPfl. bzw. seinem Vertreter nicht zugemutet, nachzuprüfen, ob eine Leerung des Briefkastens noch vor Dienstschluß stattfindet. Der 3. Sen. hat in dem zur Besprechung gestellten Falle diese Rechtsentwicklung fortgesetzt und vom StPfl. bzw. seinem Vertreter nicht verlangt, daß dieser damit rechnen mußte, daß gegebenenfalls das ein Postschließfach unterhaltende FinA. in den späteren Nachmittagsstunden die Postsachen nicht mehr abholt.

Dieser Entsch. ist durchaus beizutreten, wenn auch grundsätzlich daran festzuhalten ist, daß die Einlegung eines steuerlichen Rechtsmittels nicht bis auf den letzten Tag verschoben werden darf.

3. In den Entscheidungsgründen läßt es der 3. Sen. dahingestellt, ob das FinA. bereits mit dem Einwurf des Empfangsscheins in sein Postschließfach die Verfügungsmöglichkeit über die Berufungsschrift erhalten hat. Ist der Empfangsschein am letzten Tage der Rechtsmittelfrist in das Postschließfach gelangt, so ist m. E. bereits in diesem Augenblick die Rechtsmittelschrift dem FinA. zugegangen. Hier sind die gleichen Gesichtspunkte anzuwenden, die der 6. Sen. im Urt. v. 30. Sept. 1936 für den Einwurf der Rechtsmittelschrift in den eigenen Briefkasten der FinA. angewandt hat.

4. Nachsicht kann nur bei schuldloser Fristversäumung gewährt werden. Nach ständiger Rspr. des RFH. ist Nachsichtgewährung bereits bei mitwirkendem Verschulden ausgeschlossen. Die Nachsichtgewährung ist auch ausgeschlossen, wenn dem Bevollmächtigten ein Verschulden zur Last fällt. Zur Wahrung der Rechtsmittelfristen verlangt der RFH. (V A 355/35 vom 24. Jan. 1936) die Führung eines Fristenkalenders und auch die Kontrolle der Mitarbeiter des Büros.

Nicht übersehen werden darf, daß gem. § 87 RAbgO. der Antrag auf Nachsichtgewährung fristgemäß zu stellen ist, nämlich innerhalb zweier Wochen nach Ablauf des Tages, an dem der Antrag zuerst gestellt werden konnte; ferner muß unter Anführung und Glaubhaftmachung der den Antrag begründenden Tatsachen Nachsichtgewährung erbeten werden. Innerhalb dieser Frist ist auch die Einlegung des versäumten Rechtsmittels nachzuholen. Ausnahmsweise kann auch gem. § 87 Abs. 4 RAbgO. die Nachsicht ohne Antrag bewilligt werden, falls das versäumte Rechtsmittel innerhalb der soeben erwähnten Zweiwochenfrist eingelegt ist.

RA. Dr. Dr. **Megow**, Küstrin.

*

× **30.** §§ 286, Abs. 1, 320 RAbgO. **Bei der Bemessung des Streitwerts bleibt die Auswirkung der begehrten Änderung der im Streit befangenen Einkommensteuer auf die zukünftigen Einkommensteuer-Vorauszahlungen außer Betracht.**

Der BeschwF. ist der Auffassung, daß in den Streitwert auch die nach der Einkommensteuer für 1935 sich bemessenden Einkommensteuer-Vorauszahlungen für 1936 einzurechnen seien, da auch ihre Höhe streitig sei. Dem ist nicht beizutreten. Wie der Senat bereits im Urt. v. 17. Juni 1931, VI A 1113/31 (RStBl. 1931, 549; StW. 1931 Nr. 928) ausgesprochen hat, sind bei der Bemessung des Streitwerts die Wirkungen einer etwaigen Herabsetzung der Einkommensteuer auf die späteren Einkommensteuer-Vorauszahlungen nicht zu berücksichtigen. Hieran hält der Senat fest. Die Höhe der Einkommensteuer-Vorauszahlungen richtet sich allerdings in der Regel gem. § 35 EinkStG. 1934 nach der Höhe der zuletzt veranlagten Einkommensteuer und ermäßigt sich bei deren Herabsetzung ohne weiteres entsprechend für die künftigen Vorauszahlungen; sie ist aber ohne irgendwelchen Einfluß auf die Höhe der für das betr. Kalenderjahr endgültig zu zahlenden Einkommensteuer: diese richtet sich vielmehr lediglich nach dem in diesem Kalenderjahr erzielten Einkommen oder nach dem Verbrauch dieses Jahres. Die Vorauszahlungen können daher — anders als z. B. die in den Rechnungsjahren 1930, 1931 und 1932 zu zahlen gewesenen Zuschläge zur Einkommensteuer (vgl. Urt. v. 14. April 1931, VI A 691/31; RFH. 28, 222; RStBl. 1931, 299; StW. 1931 Nr. 635) nicht mit als Gegenstand des Streites angesehen werden, wenn die die Bemessungsgrundlage bildende Einkommensteuer des vorhergehenden Jahres streitig ist. Als Streitgegenstand gilt nur das, was bezüglich der Steuer, über die unmittelbar zu entscheiden ist, erstrebt wird (vgl. hierzu z. B. Urt. v. 12. Sept. 1933, VI A 986/33: RStBl. 1933, 964 und Urt. v. 30. Jan. 1935, VI A 40/35: StW. 1935 Nr. 324). Aus diesem Grunde kann auch das Interesse, das der StPfl. etwa daran haben könnte, daß er zunächst nur niedrigere Vorauszahlungen zu leisten braucht und infolgedessen die für die Einkommensteuerzahlungen erforderlichen Mittel länger zur eigenen Verfügung behalten kann, bei der Bemessung des Streitwerts nicht berücksichtigt werden.

(RFH., 6. Sen., Urt. v. 23. Dez. 1936, VI A 890/36.)

*

× **31.** § 4 Nr. 10 UmsStG. 1934; § 28 a UmsStDurchfBest. 1934. **Für den Begriff der Gaststätte im umsatzsteuerrechtlichen Sinn (§ 28 a UmsStDurchfBest. 1934) ist es gleichgültig, ob möblierte oder vom Mieter zu möblierende Räume vermietet werden.** †)

Der beschwerdeführende Verein hat den satzungsmäßigen Zweck, Wohlfahrtseinrichtungen, gemeinnützige und Wohltätigkeitsanstalten zu schaffen, zu fördern und zu unterhalten. Im Rahmen dieses Zwecks betreibt er auch das N.-Heim. Das Heim besteht aus sechs in einem Park stehenden Gebäuden. Diese enthalten 48 Wohnungen zu je zwei Zimmern, Teeküche und Nebenräumen, 8 Einzelzimmer, 5 Speise-, Spiel-, Musik- und Gesellschaftsräume, Wohnungen für die Vorsteherin, den Arzt, den Hausmeister, Wohnräume für die Angestellten, sowie die erforderlichen Wirtschaftsräume. Die Wohnungen und Einzelzimmer werden an Ruhegeld- und Witwengeldempfänger — Einzelpersonen oder Ehepaare — ohne Einrichtungsgegenstände, jedoch mit Heizung, Wasser, Beleuchtung und „begrenzter Bedienung" vermietet. Die Mieter sind verpflichtet, die Beköstigung aus der Heimküche zu entnehmen, und berechtigt, die obengenannten Gemeinschaftsräume (und den Park) zu benützen.

Der beschwerdeführende Verein will für das Streitjahr 1935 den Teil seiner von den Mietern bezogenen Entgelte, der auf die reine Vermietung ausgeschieden werden kann, unter Berufung auf § 4 Nr. 10 UmsStG. 1934 von der Umsatzsteuer befreit wissen. Die Vorbehörden hingegen haben auch diesen Teil der Entgelte in Anwendung des § 28 a UmsStDurchfBest. 1934 der Umsatzsteuer unterworfen. Die RBeschw. des Vereins kann keinen Erfolg haben.

Nach § 4 Nr. 10 UmsStG. 1934 sind vom Gesetzgeber die Vermietungen von Grundstücken — auch von Grundstücksteilen, insbes. Wohnungen und Zimmern — umsatzsteuerfrei gelassen, jedoch mit der Ausnahme der „Beherbergung in Gaststätten". Was hierbei unter einer „Beherbergung in Gaststätten" zu verstehen ist, ist ausschließlich der Vorschrift in § 28 a UmsStDurchfBest. 1934 zu entnehmen (Entsch. des RFH. v. 10. Dez. 1935, V A 549/35: RStBl. 1936, 206 = StW. 1936 Nr. 157). Hiernach liegt eine Beherbergung in einer Gaststätte, abweichend vom sonstigen Sprachgebrauch, vor, wenn der Unternehmer den zur Beherbergung aufgenommenen Gästen außer ihren Wohnräumen mindestens einen gemeinschaftlichen Aufenthaltsraum, z. B. zur Einnahme der Mahlzeiten, zur Verfügung stellt. Dies geschieht aber im vorl. Fall; denn die obenerwähnten Speise-, Spiel-, Musik- und Gesellschaftsräume stehen zur Verfügung der Mieter. Daß der beschwerdeführende Verein den Mietern die Wohnungen unmöbliert überläßt, muß nach Entstehungsgeschichte und Sinn der Vorschrift für die Bestimmung des Begriffs der Gaststätte im umsatzsteuerrechtlichen Sinn ohne Belang sein.

(RFH., 5. Sen., Urt. v. 19. März 1937, V A 62/37 S.)

Anmerkung: Das Urteil behandelt einen Streitfall, der an sich keine übermäßig große Auswirkung auf das Umsatz-

steueraufkommen haben kann, dennoch von grundsätzlicher Bedeutung ist. Nach dem Fortfall der Umsatzsteuererhebung für die Vermietung aller eingerichteten Räume ist im UmsStG. 1934 allein noch die Steuerpflicht für „Beherbergung in Gaststätten" aufrechterhalten worden. Das Urteil stellt nunmehr klar, daß für die steuerliche Auslegung von dem speziellen Begriff der Gaststätte, wie ihn der bisherige § 28, jetzt § 28a UmsStDurchfBest. abgrenzt, auszugehen ist, daß also weder auf den Sprachgebrauch noch auf die Auslegung zum GaststättG. v. 28. April 1930 zurückzugehen ist. Es kommt für die Umsatzsteuer ausschließlich darauf an, ob den Gästen des Heims außer ihren Wohnräumen noch „mindestens ein gemeinschaftlicher Aufenthaltsraum" zur Verfügung gestellt ist. Naturgemäß muß diese Bereitstellung des Sonderraumes im Rahmen der gesamten Vermietung vorgesehen und als Dauermaßnahme vereinbart sein. Wenn eine Zimmervermieterin dem einen oder anderen ihrer Mieter lediglich vorübergehend gestattet, morgens seinen Kaffee in dem Wohnzimmer ihrer Wohnräume einzunehmen, damit inzwischen sein Zimmer aufgeräumt werden kann, so bedeutet diese Handlungsweise noch keine Zurverfügungstellung eines gemeinschaftlichen Aufenthaltsraumes, durch den die Vermietertätigkeit der Wirtin den Charakter der „Beherbergung in einer Gaststätte" im Sinne des Umsatzsteuerrechts annimmt.

Wesentlich ist insbes. die nunmehr erfolgte Klarstellung, daß kein Unterschied bei der Auslegung der steuerrechtlichen Bestimmungen zu machen ist je nachdem, ob die Mieter in der Gaststätte bereits eingerichtete Räume beziehen oder ob ihnen leere Zimmer zur Verfügung gestellt werden, die sie mit ihren eigenen Möbeln ausstatten. Der Charakter des Heims als einer Gaststätte, deren Mieteinnahmen der Umsatzsteuer unterliegen, bleibt auch in letzterem Falle gewahrt.

Dagegen dürfte die im Schrifttum umstrittene Umsatzsteuerpflicht des Entgelts, das für die Vergebung von Festsälen, Vereinszimmern u. dgl. vereinnahmt wird, als einer reinen Mieteinnahme ebenso zu verneinen sein, wie die der Marktstandgelder, bezüglich deren die entsprechende grundsätzliche Auslegung des im RStBl. 1931, 68 veröffentlichten RFHUrt. v. 26. Sept. 1930 auch für das neue UmsStG. vom RFH. aufrechterhalten worden ist.

OReqR. Bandow, Berlin.

*

× **32.** Art. 1 § 9, Art. 4 SchlachtStG. v. 24. März 1934 (RGBl. I, 238); § 5 Abs. 1 ff. DurchfVO. zum SchlachtStG. v. 24. März 1934. Eine juristische Person hat grundsätzlich keinen Anspruch auf die Steuerermäßigung gem. § 5 Abs. 1 DurchfVO. zum SchlachtStG. für sogenannte Hausschlachtungen.

Streitig ist, ob der Preußische Staat als Inhaber einer Domäne, die er selbst bewirtschaftet, Anspruch auf die Steuerermäßigung aus § 5 DurchfVO. z. SchlachtStG. für sogenannte Hausschlachtungen hat. Wirtschaftsleiter der Domäne ist ein im Angestelltenverhältnis zum Staat stehender Verwalter. Er hat u. a. auch für die Verpflegung der Arbeitnehmer der Domäne zu sorgen. Aus der Gutsgemeinschaftsküche, der seine Frau vorsteht, werden insgesamt 13 Personen verpflegt. Hiervon wohnt ein Arbeiter außerhalb des Gutshauses. Die Gutsverwaltung hat für die Schlachtung eines auf der Domäne gezogenen Kalbs, dessen Fleisch ausschließlich für den Verbrauch der aus der Gutsküche verpflegten Arbeitnehmer bestimmt war, die Steuerermäßigung als Hausschlachtung beansprucht. Die Vorinstanzen haben die Steuerermäßigung versagt. Die Anfechtungsentscheidung führt aus, daß die Schlachtung zum ausschließlichen Verbrauch im eigenen Haushalt des Tierhalters erfolgt sein müsse. Tierhalter sei im vorl. Fall der Preußische Staat. Dieser könne aber keinen Haushalt i. S. der DurchfVO. haben.

Die RBeschw. ist unbegründet.

§ 5 Abs. 1 DurchfVO. zum SchlachtStG. setzt voraus, daß die Schlachtung zum ausschließlichen Verbrauch im eigenen Haushalt des Tierhalters bestimmt sein muß. Nach § 5 Abs. 2 umfaßt der eigene Haushalt des Tierhalters dessen haushaltungsangehörige Familienmitglieder und das von ihm verpflegte Personal einschließlich derjenigen Wanderarbeiter und zusätzlichen Tagelöhner, die aus dem Haushalt verpflegt werden. Aus der geschichtlichen Entwicklung der Vorschriften, die in der Entsch. des RFH.: RFH. 39, 102 näher dargestellt ist, ergibt sich, daß die in den früheren Länderschlachtsteuergesetzen bereits vorgesehene Steuervergünstigung für Hausschlachtungen bei der reichsrechtlichen Neuregelung nur unter der Voraussetzung beibehalten worden ist, daß der Kreis der steuerbegünstigten und der zur eigenen Haushaltsgemeinschaft eines Steuerbegünstigten zu zählenden Personen möglichst klein gehalten würde. Die Bestimmung habe daher möglichst eng gefaßt werden müssen. Die Steuervergünstigung solle in erster Linie den minderbemittelten Kreisen dienen.

Tierhalter i. S. des § 5 Abs. 1 DurchfVO. z. SchlachtStG ist im vorl. Fall der Preußische Staat, für dessen Rechnung der Betrieb der Domäne geführt wird, und in dessen Stall das geschlachtete Kalb gezogen worden ist (siehe auch Erl. des RFM. v. 10. April 1934, V 9000 — 31 II Ziff. 2 zu § 5 DurchfVO. z. SchlachtStG. und Erl. v. 1. Okt. 1936, V 9000 — 49 II und V 9201 — 10 II zu § 5 DurchfVO. z. SchlachtStG. unter c). Der im Angestelltenverhältnis zum Staat stehende Betriebsleiter kann als Tierhalter nicht angesehen werden. Es fragt sich nun, ob der Preußische Staat als Tierhalter einen eigenen Haushalt i. S. des § 5 Abs. 1 DurchfVO. z. SchlachtStG. haben kann. Diese Frage muß verneint werden. Nach der Fassung und dem Zweck der DurchfVO. z. SchlachtStG. setzt der Begriff „Haushalt" grundsätzlich einen aus natürlichen Personen bestehenden Personenkreis voraus, der durch Verwandtschaft oder sonstige Beziehungen zu einer hauswirtschaftlichen Lebensgemeinschaft miteinander verbunden ist. Das ergibt sich zunächst aus § 5 Abs. 2 DurchfVO. z. SchlachtStG., wonach der eigene Haushalt des Tierhalters in erster Linie dessen haushaltungsangehörige Familienmitglieder umfaßt. Dieser Vorschrift entspricht ferner, daß die Steuerermäßigung gemäß § 5 Abs. 3 DurchfVO. z. SchlachtStG. ausdrücklich Kasernen, Krankenhäusern, Klöstern und sonstigen Anstalten versagt wird, selbst wenn sie daneben Landwirtschaft betreiben. Eine Haushaltgemeinschaft i. S. des § 5 Abs. 1 und 2 wird also in diesem Fall abgelehnt. Hieraus muß dann aber weiter gefolgert werden, daß auch die auf der Domäne beschäftigten und aus der Gemeinschaftsküche verpflegten Angestellten und Arbeiter grundsätzlich keinen gemeinschaftlichen Haushalt in diesem Sinn mit dem Staat als ihrem Arbeitgeber haben können. Als juristische Person kann der Staat das aus der Schlachtung gewonnene Fleisch nicht in seinem Haushalt ausschließlich verbrauchen, er kann auch nicht persönlich den Betrieb leiten oder bewirtschaften, insbes. nicht als Tierhalter durch haushaltsangehörige Familienmitglieder die von ihm gezogenen Tiere füttern oder pflegen (s. Erl. des RFM. v. 1. Okt. 1936 zu § 5 DurchfVO. z. SchlachtStG. unter c Ziff. 2; Urt. des RFH.: RFH. 39, 102). Er ist vielmehr hierfür ausschließlich auf fremde Personen angewiesen, wobei es unerheblich ist, ob diese zu ihm in einem Angestellten- oder sonstigen Dienstverhältnis stehen. Auch im Weg der Auslegung darf der Haushaltbegriff keine Erweiterung erfahren. Eine solche Auslegung würde der Entstehungsgeschichte und auch dem Zweck der Vorschrift widersprechen, wonach der Begriff grundsätzlich eng auszulegen und die Steuerermäßigung in erster Linie der minderbemittelten Bevölkerung zugute kommen soll. Der Ansicht der RBeschw., daß diese Auslegung mit Art. 9 PrSchlachtStDurchfBest. v. 27. Nov. 1933 nicht in Einklang stehe, vermag der Senat sich nicht anzuschließen. Wie sich aus Art. 9 Abs. 2 Satz 2 ergibt, umfaßt der eigene Haushalt des Besitzers gleichfalls in erster Linie die haushaltungsangehörigen Familienmitglieder des Besitzers, ferner gilt nach Art. 9 Abs. 5 als eigener Haushalt nicht der Haushalt der Kasernen, Krankenhäuser und sonstiger Anstalten. Die preußischen Vorschriften haben also gleichfalls den Haushaltbegriff eng ausgelegt und grundsätzlich in dem vom Senat entwickelten Sinn aufgefaßt. Diese Auffassung entspricht auch der des RFM., der um seine Zuziehung zum Verfahren gemäß § 301 RAbgO. ersucht hat.

(RFH., 4. Sen., Urt. v. 27. Jan. 1937, IV A 164/36 S.)

Ausländische Gerichte

Bundesgericht Zürich

33. Markenrecht. Umwandlung einer Marke (Eau de Botot) in ein Freizeichen und Rückbildung zum Individualzeichen. Bedeutung der Aufnahme der Beschreibung der Zusammensetzung des Produkts in Pharmakopöen u. dgl. Feststellung der Auffassung der beteiligten Verkehrskreise. Bedeutung der Auffassung derselben im Ausland.

A. Im internationalen Markenregister wurde am 30. März 1908 unter Nr. 6800 die Wortmarke „Botot“ für ein Mundwasser eingetragen und am 6. Febr. 1928 unter Nr. 55 900 erneuert. Am 2. April 1914 gelangte im gleichen Register und für das gleiche Produkt unter Nr. 15 733 eine kombinierte Wort- und Bildmarke zur Eintragung, die am 5. März 1934 unter Nr. 85 581 erneuert wurde. Die Marke besteht in einer Etikette, die u. a. die Aufschrift „Seule véritable Eau dentrifice de Botot“ (das Wort „Botot“ stark hervorgehoben) aufweist.

Das Mundwasser ist nach seinem Erfinder, M. J. Botot, Leibarzt König Ludwigs XV., benannt. Es wurde unter dem Namen „Eau de Botot“ von seinen Rechtsnachfolgern vertrieben und hat sich unter diesem Namen beim Publikum eingebürgert. Heutige Rechtsnachfolgerin Botots und Inhaberin der Marken ist die Erstklägerin, Witwe M. Th. Waldeck-Rousseau in Paris, die das Recht, Eau de Botot herzustellen und zu vertreiben, vertraglich der Zweitklägerin, Société d'Exploitation des Produits Botot, J. Brach & Cie, Paris, übertragen hat.

B. Im 19. Jahrhundert fingen auch Apotheker, Drogisten und Parfümeriefabrikanten an, Mundwasser nach der Bototschen Formel herzustellen, so ein A. Laurent, Fabrikant von Toilettenartikeln in Paris. Laurent verwendete für seine Flaschen Etiketten mit der Aufschrift „Eau dite Botot“, wobei „Eau“ und „Botot“ gegenüber dem kleiner und unauffällig geschriebenen „dite“ stark hervortraten.

Am 1. Juli 1883 verkaufte A. Laurent sein Parfümeriegeschäft mit den zugehörigen Rezepten dem Vater des Bekl., D. Maeder, in Basel. Seither stellte der Käufer und nach ihm der Bekl. in seinem Geschäfte „Eau de Botot“ her und vertrieb es mit der oben beschriebenen, seinerzeit vom Verkäufer A. Laurent verwendeten Etikette.

C. In der Verwendung des Namens Botot und der erwähnten Etikette erblicken die Kl. eine Verletzung ihrer Rechte und klagten auf Verbot der Verwendung der Bezeichnung „Eau de Botot“, „Eau dite de Botot“ und andern, ähnlichen, den Namen Botot enthaltenden Bezeichnungen, Verwendung der erwähnten Etiketten und Schadensersatz. Der Bekl. erklärte sich bereit, ohne jede Rechtspflicht seinerseits oder einen rechtlichen Anspruch der Kl. anzuerkennen, auf die Verwendung dieser Bezeichnungen und Etiketten zu verzichten. Er bestritt aber die Nachahmung und Verpflichtung zu Schadensersatz.

Die 1. Instanz (Apellationsgericht Basel-Stadt) wies die nicht anerkannten Begehren ab. Das Bundesgericht hat das Verbot erlassen mit dem Recht der Urteilspublikation. Die Schadensersatzklage war fallengelassen worden für den Fall, daß ein Verbot erlassen würde. Aus der sehr eingehenden Begründung zusammengefaßt folgendes:

Die Vorinstanz nimmt mit dem Bekl. an, der Name Botot habe bereits lange vor der am 30. März 1908 erfolgten Eintragung im internationalen Markenregister seinen Charakter als Individualzeichen verloren gehabt und sei zur generellen Sachbezeichnung für Mundwasser dieser Art geworden. Sie stützt ihre Auffassung auf die Tatsache, daß die Zusammensetzung des Eau de Botot im wesentlichen seit langer Zeit bekannt gewesen sei. Ferner sei nach dem Gutachten Pfau der Name Botot bereits um die Mitte des vorigen Jahrhunderts in verschiedene Manuale und Pharmakopöen aufgenommen worden. Die Beschreibung des Mundwassers in den Pharmakopöen habe jedem Fachmann die Darstellung ermöglicht und damit das Individualzeichen Botot zur generellen Sachbezeichnung gemacht.

Diese Auffassung der Vorinstanz über die Entwicklung eines Individualzeichens zur Sachbezeichnung geht auf ältere markenrechtliche Entsch. des Bundesgerichtes zurück (BGE. 31 II 521 f. und 33 II 332). Die erstere Entsch. sprach den Grundsatz aus, daß ein Individualzeichen durch die Aufnahme und Beschreibung des Produktes in einer Pharmakopöe zur generellen Sachbezeichnung werde.

Allein abgesehen davon, daß schon die ältere Praxis nicht einheitlich auf diesem Boden stand (vgl. z. B. BGE. 28 II 559), ist die erwähnte Auffassung auf jeden Fall durch die neuere Rspr. überholt. In keinem der beurteilten neueren Fälle, wo die Zusammensetzung und Herstellungsweise eines Markenproduktes in Fachkreisen bekannt geworden war, sei es durch wissenschaftliche Veröffentlichungen, Pharmakopöen oder sonstwie, hat das Bundesgericht daraus für die Marke ohne weiteres den Verlust des Individualzeichencharakters abgeleitet, vielmehr wurde z. B. die Marke Lysol trotz jenes Sachverhaltes geschützt (BGE. 57 II 605). Maßgebend ist ausschließlich, ob das bisherige Individualzeichen im Verkehr nunmehr als Gattungsbezeichnung gebraucht wird, gleichgültig von welchem Produzenten die Ware stammt.

Damit soll nicht gesagt sein, daß das Offenkundigwerden der Zusammensetzung und der Herstellungsweise eines Markenartikels für den Rechtsbestand der Marke nicht von Bedeutung sein könne. Es ist ohne Zweifel geeignet, die Umwandlung der Marke in eine generelle Sachbezeichnung zu begünstigen. Ebenso kann die Tatsache, daß ein Warenzeichen in Druckwerken oder irgendwelchen andern Veröffentlichungen ohne Hinweis auf seine Markenqualität erwähnt wird, unter Umständen ein Indiz sein für die bereits erfolgte Umwandlung. Das gilt aber, wie das Bundesgericht wiederholt erklär hat, nicht bei Wörterbüchern und wissenschaftlichen Abhandlungen; denn solchen Veröffentlichungen liegt der Hinweis auf Individualrechte auch da, wo solche bestehen und in Fachkreisen bekannt sind, ihrem Zwecke nach fern. Eher wird in dieser Hinsicht auf Pharmakopöen abgestellt werden dürfen. Nach der Feststellung der Vorinstanz ist Eau de Botot in verschiedenen älteren Pharmakopöen aufgeführt. Dabei handelt es sich aber entweder um private Werke oder solche von örtlich beschränkter Bedeutung, über deren Stellungnahme zu Markennamen außerdem nichts Näheres bekannt ist. In der schweizerischen Pharmakopöe, von der feststeht, daß bei ihrer Redaktion die Aufnahme von Wortmarken grundsätzlich vermieden wurde und die wegen ihres offiziellen Charakters für schweizerische Verhältnisse in erster Linie maßgebend ist, figuriert hingegen der Name Eau de Botot gerade nicht. Als Ganzes genommen spricht daher die Sachlage bei den Pharmakopöen nicht nur nicht gegen, sondern sogar für den Fortbestand des Markenrechtes.

Noch weniger ist Eau de Botot dadurch zum Freizeichen geworden, daß Name und Rezept schon verhältnismäßig frühe Aufnahme in Apothekermanuale gefunden haben. Das beweist nur, daß den betr. Apothekern die Zusammensetzung des Eau de Botot bereits bekannt war, wobei nichts näher lag, als das (freie) Rezept mit dem Namen des Erfinders in den Manualen aufzuzeichnen; deswegen brauchen die Apotheker das so hergestellte Mundwasser keineswegs auch unter diesem Namen verkauft zu haben. Und hätten sie es getan, so bliebe noch immer die Frage offen, ob sie sich dabei nicht bewußt geblieben sind, daß der Name Eau de Botot eigentlich zum Produkt der Rechtsnachfolger Botots gehöre und daß sie ihrerseits mit der Verwendung des Namens einen Mißbrauch begehen.

Anders scheint es sich freilich beim Rechtsvorgänger des Bekl., A. Laurent, zu verhalten, der das Mundwasser schon vor 1863 unter dem Namen Eau de Botot vertrieb und sich auf die Vorstellungen des Rechtsvorgängers der Erstklägerin, V. C. Laurent-Richard, lediglich verpflichtete, nicht mehr die bisherigen Flaschen und Etiketten zu verwenden, den Namen an sich aber für das Mundwasser beibehalten konnte und ihn dann mit dem Rezepte an den Vater des Bekl. weitergab. Allein wie die Vorinstanz anerkennt, genügte dieser vereinzelte Fall freier Verwendung des Namens Botot nicht, um ihn in eine Sachbezeichnung umzuwandeln.

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz hat somit der Bekl. nicht darzutun vermocht, daß der Name Eau de Botot zur Zeit der Eintragung im internationalen Markenregister bereits generelle Sachbezeichnung gewesen ist.

Entscheidend ist daher, ob sich dieser Umwandlungsprozeß seit der Eintragung vollzogen hat. Dabei darf die Umwandlung nicht leichthin angenommen werden. Schon in den Anfängen des modernen Markenrechtes hat sich die Literatur, gefolgt von der Gerichtspraxis, auf den Standpunkt gestellt, daß ein Verzicht des Markeninhabers auf die Führung der Marke nicht zu vermuten ist, und daß ein bloßes Tolerieren fremder Eingriffe nicht notwendig einem Verzichte gleichkommt. Selbst bei verhältnismäßig langer Untätigkeit des Berechtigten gegenüber Verletzungshandlungen ist nach dieser Auffassung nicht ohne weiteres auf Verzicht — und Verfall an die Allgemeinheit — zu schließen. Eine andere Einstellung würde zu Unbilligkeiten führen, indem es, insbes. bei Weltmarken, naturgemäß ausgeschlossen ist, daß der Inhaber überall und zu gleicher Zeit Nachforschungen anstellen und sich gegen Verletzungen zur Wehr setzen kann.

Gleiche Tendenzen beherrschen die neuzeitliche Auffassung. So geht die ganze neuere bundesgerichtliche Praxis von dem Grundsatze aus, die Umwandlung einer geschützten Marke in ein Freizeichen stelle etwas Außergewöhnliches dar und trete nur unter ganz besonderen Umständen ein, nämlich dann, wenn die Erinnerung an die Zugehörigkeit der Marke zur Ware eines bestimmten Produzenten oder Händlers sämtlichen beteiligten Verkehrskreisen entschwunden sei, so daß sie nicht mehr als Herkunfts-, sondern als Sachbezeichnung genommen werde und sich einer Rückwandlung trotz darauf gerichteten Bemühungen als unzugänglich erweise. Diese Praxis wird unterstützt durch das auch in internationalen Beziehungen immer mehr zutage tretende Bestreben, auf dem Gebiete des Markenrechtes über die Beobachtung von Treu und Glauben zu wachen, ein Bestreben, das ganz speziell in den neuesten Verträgen betr. die Herkunftsbezeichnungen seinen Ausdruck findet.

Um die Auffassung der beteiligten Verkehrskreise in zuverlässiger Weise zu ermitteln, ist regelmäßig erforderlich, daß in allen diesen Kreisen gerichtliche Erhebungen angestellt und dabei nach Möglichkeit verschiedene Landesgegenden berücksichtigt werden. Die Vorinstanz hat sich darauf beschränkt, ein Gutachten des Präsidenten des baselstädtischen Apothekerverbandes, Pfau, und einen Bericht des Sekretariates des Schweizerischen Drogistenverbandes einzuholen, die sich über die bei den Apothekern, den Drogisten und beim Publikum herrschenden Auffassungen aussprechen. Grossisten sowie wissenschaftliche Berufsarten, die sich mit Mundwassern zu befassen haben, Chemiker, Ärzte und insbes. Zahnärzte, sind überhaupt nicht zu Wort gekommen. Ihre Anhörung wäre aber um so notwendiger gewesen, als Apotheker und Drogisten Konkurrenten der Kl. sind und daher leicht geneigt sein werden, sich der Zugehörigkeit der Marke zum Bototschen Originalprodukt nicht mehr zu erinnern. Aus dem gleichen Grunde hätte es sich aufgedrängt, die Auffassung des kaufenden Publikums durch direkte Erhebungen zu ermitteln.

Die Kl. haben nun 27 schriftliche Erklärungen von Apothekern, Drogerien, Parfümerie- und anderen Detailgeschäften zu den Akten gegeben, in denen diese Firmen die Markenqualität des Namens Botot anerkennen und sich verpflichten, den Namen für die von ihnen selbst hergestellten Mundwasser nicht, bzw. nicht mehr zu verwenden. Über diese Erklärungen ist die Vorinstanz vollständig hinweggegangen, ohne sie auch nur mit einem Worte zu erwähnen. In der Nichtberücksichtigung an sich tauglicher Beweismittel liegt aber nach ständiger Praxis eine Verletzung von Bundesrecht.

In den von den Kl. eingelegten Bescheinigungen anerkennen ihre Aussteller unzweideutig, sich bewußt geblieben zu sein, daß der Name Eau de Botot als markenmäßiges Attribut zum Produkt der Kl. gehöre und daher von andern Produzenten nicht verwendet werden dürfe. Dabei verteilen sich diese Firmen auf verschiedene Landesgegenden und sowohl auf das deutsche wie französische und italienische Sprachgebiet. Gegen diese ausdrücklichen Anerkennungen von 27 einzelnen Firmen vermögen die generellen abweichenden Äußerungen des Apothekerexperten und des Drogistensekretariates nicht aufzukommen. Sie zeigen lediglich, daß der Experte und das Sekretariat entweder über die in ihren Branchen herrschenden Auffassungen nicht genügend orientiert sind, oder daß das Standes- bzw. Verbandesinteresse die unbefangene Beurteilung der Verhältnisse beeinträchtigt hat.

Daß die Kl. nicht von allen Firmen, die bisher eigene Produkte unter der Bezeichnung Eau de Botot verkauft haben, eine Anerkennung ihres Markenrechtes beibringen konnten, verschlägt demgegenüber nichts. Sache des Bekl. wäre es gewesen, den Nachweis dafür zu leisten, daß die vorl. Firmen nur einen geringen Bruchteil der Gesamtheit ausmachen, und daß die große Mehrzahl der übrigen den Namen Botot als generelle Sachbezeichnung gebrauchen. Diesen Nachweis hat er nicht erbracht und hätte ihn offenbar auch nicht erbringen können; denn es ist wenig wahrscheinlich, daß sich die vorl. Firmen, zumal die größeren, zur Anerkennung der Marke bereit gefunden hätten, wenn in andern Kreisen der betr. Branche gutgläubigerweise eine gegenteilige Auffassung über die Bedeutung des Namens Botot vertreten würde.

Wenn auch der Name Botot unverkennbar im Begriffe war, sich zur generellen Sachbezeichnung zu entwickeln, so ist demnach diese Entwicklung immerhin nicht zum Abschluß gekommen; ja es müßte, wenn die Umwandlung seinerzeit entgegen dem vorl. Beweisergebnis tatsächlich eingetreten wäre, angenommen werden, daß sich der Name dank der Bemühungen der Kl. seither jedenfalls im Detailhandel wieder zum Individualzeichen zurückgebildet hätte. Welche Auffassung bei den Grossisten, bei Ärzten und Zahnärzten herrscht, ist bei dieser Sachlage unerheblich. Für den Bestand der Marke genügt es nach der oben angeführten Rspr., daß sie auch nur in einem der beteiligten Verkehrskreise noch, bzw. wieder als Individualzeichen angesehen wird.

Schließlich fällt zugunsten des streitigen Markenrechts in Betracht, daß die Bezeichnung Eau de Botot auch in Frankreich und Deutschland weiterhin als Marke geschützt ist. Freilich gilt für die Frage, welche Bedeutung der Bezeichnung im Verkehr beigelegt werde, das Territorialprinzip, d. h. maßgebend ist die schweizerische Verkehrsauffassung. Wie das Bundesgericht schon wiederholt ausgesprochen hat, liegt aber auf der Hand, daß bei einem Erzeugnis von Weltruf die Anschauung der interessierten ausländischen Verkehrskreise diejenige des Inlandes beeinflußt. Ein derartiger Einfluß aus den beiden der Schweiz benachbarten Ländern Frankreich und Deutschland hat sich daher ohne Zweifel auch im vorl. Falle geltend gemacht. Das wird insbes. für Frankreich als Ursprungsland zutreffen, aus dem das Bototsche Originalprodukt heute noch eingeführt wird. Anderseits dürfte auch dem Beispiel Deutschlands um so unbedenklicher gefolgert werden, als dort die Eintragung im Jahre 1920 nach einläßlicher Vorprüfung gegen den starken Widerstand des deutschen Apothekervereins und des deutschen Drogistenverbandes bewilligt worden ist.

(Bundesgericht, 1. ZivAbt., Urt. v. 23. Sept. 1936; aus Entscheidung Bundesgericht 62 II 317 ff.)

Berichtigung

Das Zitat JW. 1937, 1713, linke Spalte, Zeile 6 von unten heißt richtig: „JW. 1926, 2086 ³".

Hauptschriftleiter: Rechtsanwalt Rudolf Hensen, Berlin W 35, Lützowufer 18 II. Stellvertreter: Carl-Herbert Wechmann, Berlin W 35, Tiergartenstr. 20. — Für die Anzeigen verantwortlich: Paul Goldstein, Leipzig C 1, Dresdner Str. 11/13. Durchschnittsaufl. 2. Vj. 37: 20000. — Druck: Oscar Brandstetter, Leipzig. — Verlag: W. Moeser Buchhandlung, Leipzig.